



全国高等职业教育规划教材



经济法

主编 谭文培 主审 刘雅琴

- 实用性和可读性：以实用案例引出问题，让学生在解决问题过程中收获知识；同时设置了大量例题，帮助学生理解相关知识点和适应职业资格考试要求。
- 内容新：以国家最新公布的经济法律、法规为依据，使本教材具有鲜明的新颖性和实用性。



电子工业出版社
PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY

<http://www.phei.com.cn>

全国高等职业教育规划教材

经 济 法

主 编：谭文培

副主编：王宏伟 言雅娟 黄艳群

刘乙睿 曹 旻

主 审：刘雅琴

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 • BEIJING

内 容 简 介

本教材在总结众多同类教材经验的基础上,立足于高等职业教育,以培养高素质职业人才为目标进行编写。根据我国最新经济法律法规,本教材共设置了十三个模块,由浅入深介绍经济法的主要内容,具体包括:总论、公司法、个人独资企业法、合伙企业法、外商投资企业法、合同法、证券法、劳动合同法、支付结算法律制度、消费者权益保护法、反不正当竞争法与反垄断法、产品质量法、工业产权法。为了利于教与学,本教材还设置了大量例题与案例,并配有对应的课件和教辅资源。

本教材可以作为高职高专财经类各专业的教材,也可以作为职业资格考试参考用书,同时可作为企业经济管理专业人才培养教材。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

经济法/谭文培主编.——北京:电子工业出版社,2013.8

全国高等职业教育规划教材

ISBN 978-7-121-21300-7

I. ①经… II. ①谭… III. ①经济法—中国—高等职业教育—教材 IV. ①D922.29

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第195013号

策划编辑:贾瑞敏

责任编辑:贾瑞敏 特约编辑:安家宁

印 刷:

装 订:

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路173信箱 邮编 100036

开 本:787×1 092 1/16 印张:21.25 字数:544千字

印 次:2013年8月第1次印刷

印 数:4 000册 定价:43.00元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系,联系及邮购电话:(010)88254888。

质量投诉请发邮件至 zlts@phei.com.cn,盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线:(010)88258888。

前 言

市场经济即法制经济。经济法是高职高专财经管理类专业专业基础课程，对于学生熟悉和掌握我国现行的经济法律法规，培养法制观念和法律意识，形成运用经济法律法规参与具体经济事务的能力至关重要。同时，对于财经管理类专业学生参加各种经济职业资格考试也非常重要。

本教材具有三个鲜明特点：一是新颖性，内容都是按照我国现行的最新法律法规编写的，充分反映了法律法规的时效性；二是实用性，便于教师开展案例化教学，强化课堂训练；三是针对性，充分考虑高职财经专业学生职业资格证书考试要求，在内容的安排上注意对接考试要求。

经济法是高职高专财经管理类专业专业基础课程，也是财经管理类专业各种职业资格考试的重要内容。

本教材考虑到财经管理类专业通常会专门开设税收税法课程，所以，现行的税法没有纳入编写内容中。全书共包括 13 个模块：总论、公司法、个人独资企业法、合伙企业法、外商投资企业法、合同法、证券法、劳动合同法、支付结算法律制度、消费者权益保护法、反不正当竞争法与反垄断法、产品质量法、工业产权法。

本教材注重实用性和可读性，在每一单元中都穿插了大量的例题和案例，有利于学生理解相关知识点和适应职业资格考试要求。同时，为了便于教学，在每个模块中都明确了知识目标、技能目标和态度目标。

本教材可以作为高职高专财经类各专业的教材，也可以作为职业资格考试参考用书，同时可作为企业经济管理专业人才培养教材。

本教材由湖南化工职业技术学院谭文培老师主编，株洲职业技术学院刘雅琴老师主审。模块一、模块八由谭文培老师编写；模块二、模块三、模块五由湖南化工职业技术学院言雅娟老师编写；模块四由刘雅琴老师编写；模块六、模块九由湖南化工职业技术学院黄艳群老师编写；模块七由湖南铁路科技职业技术学院王宏伟老师编写；模块十、模块十一、模块十二由湖南铁道职业技术学院刘乙睿老师编写；模块十三由湖南铁道职业技术学院曹旻老师编写。

为了利于教与学，本教材还设置了大量例题与案例，并配有对应的课件和教辅资源，请有此需要的读者在华信教育资源网（www.hxedu.com.cn）免费下载。

由于编者水平有限，书中难免存在疏漏，恳请专家和读者批评指正。

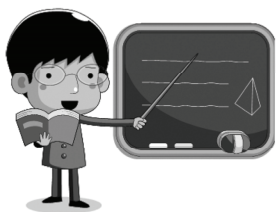
编 者

2013 年 7 月

目 录

模块一 总论	(1)	单元六 特殊的普通合伙企业	(98)
单元一 法律基础	(1)	单元七 有限合伙企业	(99)
单元二 经济纠纷的解决途径	(12)	单元八 合伙企业的解散和清算	(103)
单元三 法律责任	(26)	单元九 违反《合伙企业法》的 法律责任	(105)
训练题	(30)	训练题	(106)
模块二 公司法	(33)	模块五 外商投资企业法	(110)
单元一 公司及公司法概述	(34)	单元一 外商投资企业的概念、 种类和投资项目	(110)
单元二 有限责任公司的设立及 其组织机构	(40)	单元二 中外合资经营企业法	(112)
单元三 有限责任公司的股权概述	(48)	单元三 中外合作经营企业法	(119)
单元四 股份有限公司的设立 及其组织机构	(50)	单元四 外资企业法	(123)
单元五 股份有限公司的股份 发行和转让	(58)	训练题	(126)
单元六 公司董事、监事、高级管理人员 的资格和义务	(62)	模块六 合同法	(130)
单元七 公司债券与公司财务会计	(65)	单元一 合同的订立	(131)
单元八 公司合并、分立、增减资 与公司解散和清算	(69)	单元二 合同的效力	(137)
单元九 违反《公司法》的法律责任	(72)	单元三 合同的履行	(140)
训练题	(74)	单元四 合同的担保	(143)
模块三 个人独资企业法	(78)	单元五 合同的变更、转让与终止	(148)
单元一 个人独资企业的设立	(78)	单元六 违约责任	(152)
单元二 个人独资企业的 投资人和事务管理	(80)	单元七 买卖合同	(155)
单元三 个人独资企业的解散与清算	(82)	单元八 借款合同	(158)
单元四 违反《个人独资企业法》 的法律责任	(83)	单元九 租赁合同	(161)
训练题	(84)	训练题	(163)
模块四 合伙企业法	(88)	模块七 证券法	(168)
单元一 普通合伙企业的设立	(89)	单元一 证券发行和交易有关的机构	(169)
单元二 普通合伙企业财产概述	(91)	单元二 证券发行	(172)
单元三 普通合伙企业事务执行	(93)	单元三 证券的交易	(178)
单元四 普通合伙企业与第三人的关系	(94)	单元四 上市公司的收购	(185)
单元五 普通合伙企业入伙与退伙	(96)	单元五 违反《证券法》的法律责任	(187)
		训练题	(188)
		模块八 劳动合同法	(192)
		单元一 劳动合同概述	(192)
		单元二 劳动合同的订立	(193)
		单元三 劳动合同的主要内容	(197)
		单元四 劳动合同的履行和变更	(205)

单元五 劳动合同的解除和终止·····	(207)	训练题·····	(280)
单元六 劳动争议的解决·····	(216)	模块十一 反不正当竞争法与反垄断法·····	(283)
单元七 违反《劳动合同法》的法律 责任·····	(221)	单元一 反不正当竞争法·····	(283)
训练题·····	(223)	单元二 反垄断法·····	(290)
模块九 支付结算法律制度·····	(228)	训练题·····	(294)
单元一 支付结算概述·····	(229)	模块十二 产品质量法·····	(296)
单元二 银行账户管理制度·····	(231)	单元一 产品质量法概述·····	(296)
单元三 非票据结算方式·····	(239)	单元二 产品质量监督管理制度·····	(300)
单元四 票据的一般规定·····	(245)	单元三 生产者、销售者的产品质量 责任和义务·····	(302)
单元五 票据结算方式·····	(256)	单元四 违反《产品质量法》 的法律责任·····	(304)
单元六 现金管理条例·····	(264)	训练题·····	(306)
训练题·····	(266)	模块十三 工业产权法·····	(308)
模块十 消费者权益保护法·····	(270)	单元一 工业产权与工业产权法·····	(308)
单元一 《消费者权益保护法》概述···	(270)	单元二 专利法·····	(309)
单元二 消费者的权利与 经营者的义务·····	(272)	单元三 商标法·····	(322)
单元三 消费者权益的保护·····	(276)	训练题·····	(330)
单元四 消费者权益争议的解决和 法律责任的确定·····	(278)	参考文献·····	(333)



模块一

总 论



知识目标

掌握法的本质与特征、法律关系的构成要素、法律事实；熟悉经济纠纷的解决途径、法律责任的种类；了解法的概念、法的形式和分类、法律关系的概念以及经济法概念和调整对象。

技能目标

培养学生分析法律关系的能力以及选择经济纠纷解决途径的能力。

态度目标

培养知法用法意识。



案例导读

2006年9月17日，前来四川旅游的贵州籍游客巫美容、巫美华等人在松蕃县境内遭遇车祸，其中肇事一方系四川省成都市长途汽车运输（集团）公司，而驾驶另一肇事车辆的司机则在车祸中丧生。车祸中巫美容、巫美华皆受到了不同程度的伤害，也曾同时在四川省人民医院住院治疗。其中，巫美容先行起诉，经法院审理后获得了赔偿。而巫美华于2008年4月19日才起诉，请求次要责任方四川省成都市长途汽车运输（集团）公司及其投保交强险和第三责任险的保险公司给予相应的人身损害赔偿。问题：本诉讼是否超过了诉讼时效？

单元一 法律基础

一、法和法律

（一）法和法律的概念

1. 法的概念

法是由国家制定或认可，并由国家强制力保证实施的，反映统治阶级意志的规范体系，这一意志的内容由统治阶级的物质生活条件所决定，它通过规定人们在社会关系中的权利和义务，确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。

2. 法律的概念

“法律”一词可分别从狭义、广义两方面进行理解。狭义的法律专指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定和颁布的规范性文件；而广义的法律则指法的整体，即由国家制定或认

可,并由国家强制力保证实施的各种行为规范的总和。在一般情况下,“法”和广义的“法律”同义;但在某些场合,“法”又和狭义的“法律”同义。

(二)法的本质与特征

1. 法的本质

法首先是统治阶级意志的体现。法不是超阶级的产物,社会各阶级的意志也不都能体现为法,法只能是统治阶级意志的体现。但法所体现的统治阶级的意志,不是随心所欲、凭空产生的,而是由统治阶级的物质生活条件决定的,是社会客观需要的反映。它体现的是统治阶级的整体意志和根本利益,而不是统治阶级每个成员个人意志的简单相加。所以,法体现的不是一般统治阶级的意志,而是统治阶级的国家意志的体现,这是法的本质。

【例 1-1】 会计李娟在学了法律课程后感到疑惑:法是统治阶级意志的体现,那是不是说统治阶级想制定什么样的法律就制定什么样的法律,被统治阶级在法律的制作上是无能为力的呢?

【解析】 法是统治阶级意志的体现,并不是说统治阶级的所有意志都能上升为法,统治阶级中的任何人都可以随心所欲地制定法,这个意志的内容归根到底是由统治阶级的物质生活条件决定的。统治阶级意志由统治阶级的根本利益和整体利益决定,其形成和调节必然受到被统治阶级的制约。法律反映统治阶级的意志,并不意味着法律就完全不顾及被统治阶级的愿望和要求,法律也会在一定程度上照顾被统治阶级的利益,这往往是被统治阶级进行反抗斗争的结果。统治阶级出于缓和阶级矛盾的考虑,在不得已的情况下作出一定的让步。所以,李娟的认识是不正确的。

【例 1-2】 课后,小李和小王讨论:法既然是统治阶级意志的体现,那统治阶级犯了法,是否就不用受到法律的制裁了?

【解析】 法反映的只能是统治阶级的共同的、根本的利益,所以法对统治阶级的每个成员来说也是必须遵守的,他们的违法行为也要受到法律的制裁,任何违法行为都是对统治阶级整体利益和根本利益的侵害。统治阶级内部成员若有违法犯罪行为,说明他企图把自己的个人利益和个人意志凌驾于整个阶级的共同利益和共同意志之上,如果对这种行为听之任之,最终必将从根本上危及统治阶级的共同利益。所以,小李和小王讨论的观点是不正确的。

2. 法的特征

法作为一种特殊的行为规则和社会规范,不仅具有行为规则、社会规范的一般共性,还具有自己的特征。其特征主要有以下四个方面。

(1) 法是经过国家制定或认可才得以形成的规范,具有国家意志性。统治阶级意志并不能直接形成法,它必须通过一定的组织和程序,即通过统治阶级的国家制定或认可,才能形成法。制定、认可,是国家创制法的两种方式,也是统治阶级把自己的意志变为国家意志的两条途径。法是通过国家制定和发布的,但国家发布的任何文件并不都是法。首先,法是国家发布的规范性文件;其次,法是按照法定的职权和方式制定和发布的,有确定的表现形式。也就是说,法需要通过特定的国家机关,按照特定的方式,表现为特定的法律文件形式才能成立。

(2) 法凭借国家强制力的保证而获得普遍遵行的效力,具有强制性。法是由国家强制力保障其实施的规范。法的强制性是由国家提供和保证的,因而与一般社会规范的强制性不同。其他社会规范虽然也有一定的强制性,如道德主要依靠社会舆论的强制,习惯受到

习惯势力的强制，这些强制都不同于国家的强制。国家强制力以国家的强制机构（如军队、警察、法庭、监狱）为后盾，和国家制裁相联系，表现为对违法者采取国家强制措施。法是最具有强制力的规范。

（3）法是确定人们在社会关系中的权利和义务的行为规范，具有利益导向性。法的主要内容是由规定权利、义务的条文构成的，法律通过规定人们的权利和义务来分配利益，从而影响人们的动机和行为，进而影响社会关系，实现统治阶级的意志和要求，维持社会秩序。所以，法具有利益导向性，简称利导性。

（4）法是明确而普遍适用的规范，具有规范性和普遍适用性。法具有明确的内容，能使人们预知自己或他人一定行为的法律后果。凡是在国家权力管辖和法律调整的范围、期限内，对所有社会成员及其活动都普遍适用。

【例 1-3】 下列关于法的本质与特征的表述中，不正确的是（ ）。

- A. 法是由国家制定或认可的规范
- B. 法是全社会成员共同意志的体现
- C. 法由统治阶级的物质生活条件决定
- D. 法凭借国家强制力的保证获得普遍遵行的效力

【解析】 正确答案为 B。法不是全社会成员共同意志的体现，而是统治阶级整体意志的体现。

二、法律关系

（一）法律关系的概念

法律关系是法律规范在调整人们的行为过程中所形成的一种特殊的社会关系，即法律上的权利与义务关系。或者说，法律关系是指被法律规范所调整的权利与义务关系。社会关系是多种多样的，因而调整它的法律规范也是多种多样的，如调整平等主体之间的财产关系和人身非财产关系而形成的法律关系，称为民事法律关系或民商法律关系；调整行政管理关系而形成的法律关系，称为行政法律关系；调整因国家对经济活动的管理而产生的社会经济关系，称为经济法律关系。它们也可以分别称为民法关系、行政法关系、经济法关系等。

（二）法律关系的要素

法律关系是由法律关系的主体、法律关系的内容和法律关系的客体三个要素构成的。缺少其中任何一个要素，都不能构成法律关系。

1. 法律关系的主体

（1）法律关系主体的概念。法律关系的主体又称权利主体或义务主体，是指参加法律关系，依法享有权利和承担义务的当事人。

法律关系主体的数目视法律关系的具体情况而定，但任何一个法律关系都至少要有两个主体，因为最少要有两个主体，才能在它们之间形成以权利和义务为内容的法律关系。

（2）法律关系主体的种类。什么人或者组织可以成为法律关系主体，是由一国法律规定和确认的。根据我国法律规定，法律关系主体包括以下几种。

① 公民（自然人）。公民是最常见的法律关系主体，可以参加的法律关系非常广泛。还有一类由公民组成的特定主体，如个体户、农户、合伙人等，也可参与某些特定的法律关系，如经济法律关系。

② 机构和组织（法人）。主要包括三类：一是国家机关，包括国家权力机关（立法机关）、国家行政机关和国家司法机关；二是各种企事业单位；三是各政党和社会团体。这些机构和组织主体，在法学上可以笼统地称为法人。

③ 国家。在特殊情况下，国家可以作为一个整体成为法律关系主体。如在国内，国家是国家财产所有权唯一和统一的主体；在国际法上，国家则是国际法关系的主体。

④ 外国人和外国社会组织。外国人、无国籍人和外国社会组织，以我国有关法律以及我国与有关国家签订的条约为依据，也可以成为我国某些法律关系的主体。

2. 法律关系的内容

法律关系的内容是指法律关系主体所享有的权利和承担的义务。

权利是指法律关系主体依法享有的权益，表现为权利享有者依照法律规定具有的自主决定作出或者不作出某种行为、要求他人作出或者不作出某种行为的自由。

依法享有权利的主体称为权利主体。如公民依法享有继承权，可以接受继承，也可以放弃继承；财产所有权人有要求他人不作出侵害其所有权或妨碍其所有权行使的权利。

义务是指法律关系主体依照法律规定所担负的必须作出某种行为或者不得作出某种行为的负担或约束。依法承担义务的主体称为义务主体。义务主体必须作出某种行为是指以积极的作为方式去履行义务，称为积极义务，如纳税、服兵役等。义务主体不得作出某种行为是指以消极的不作为方式去履行义务，称为消极义务，如不得损坏公共财物，不得侵害他人生命财产安全等。

法律权利和义务作为构成法律关系内容的两个方面，是密切联系，不可分离的，共同处于法律关系这一统一体中。任何一方的权利都必须有另一方义务的存在；而任何一方的义务又都是为实现他方的权利而设定的。没有无义务的权利，也没有无权利的义务。在大多数民商法律关系中，各方主体都既享有权利，又承担义务。也就是说，任何一方既是权利主体，也是义务主体。如买卖关系中，买方承担向卖方支付价款的义务，同时享有获得卖方出售物的权利；卖方享有获得买方价款的权利，同时承担向买方支付出售物的义务。

法律上的权利和义务，都受国家法律保障。当义务人拒不履行义务的时候，权利人可以请求司法机关或其他国家机关依法采取必要的强制措施来保障权利的实现和义务的履行；当法律关系主体的权利受到侵害时，权利人可以请求司法机关或其他国家机关给予保护。

3. 法律关系的客体

（1）法律关系客体的概念。法律关系的客体又称权利客体或义务客体，是指法律关系主体的权利和义务所指向的对象。客体是确立权利与义务关系性质和具体内容的依据，也是确定权利行使与否和义务是否履行的客观标准。权利和义务只有通过客体才能得到体现和落实。如果没有客体，权利和义务就失去了依附的目标和载体，无所指向，也就不可能发生权利与义务。因此，客体也是法律关系不可缺少的三要素之一。

（2）法律关系客体的种类。法律关系客体的内容和范围是由法律规定的。能够作为法律关系客体的东西应当具备的特征是能为人类所控制并对人类有价值。只有这样的东西才适宜由法律调整，才能成为主体的权利和义务指向和作用的对象。在不同国家与不同历史时期，法律关系客体的具体内容及范围不同，并在不断发生着演变。随着社会历史的发展，许多原来属于法律关系客体的，现在却不是了，如奴隶的人身在奴隶社会可以成为买卖关系的合法客体，但在现代社会已被杜绝。而原来在一般情况下不属于法律关系客体的，现在却属于法律关系中非常普遍而重要的客体，如纯净的饮用水、清洁的空气、不受噪声干扰的环境等。

法律关系的客体概括起来主要包括以下四类。

(1) 物, 指能满足人们需要, 具有一定的稀缺性, 并能为人们现实支配和控制的各种物质资源。物可以是自然物, 如土地、矿藏、水流、森林; 也可以是人造物, 如建筑、机器、各种产品等; 还可以是财产物品的一般价值表现形式——货币及有价证券。物既可以是固定形态的, 也可以是没有固定形态的, 如天然气、电力等。

(2) 非物质财富, 又称精神产品或精神财富, 包括知识产品和道德产品。知识产品又称智力成果, 是指人们通过脑力劳动创造的能够带来经济价值的精神财富, 如著作、发现、发明、设计等, 它们分别为著作权关系、发现权关系、发明权关系、商标权关系的客体。智力成果是一种精神形态的客体, 是一种思想或者技术方案, 不是物, 但通常有物质载体, 如书籍、图册、录像、录音等, 就是记录、承载智力成果的物质形式。道德产品是指人们在各种社会活动中所取得的非物化的道德价值, 如荣誉称号、嘉奖表彰等, 它们都是公民、法人荣誉权的客体。

(3) 行为。作为法律关系的客体不是指人们的一切行为, 而是指法律关系的主体为达到一定目的所进行的作为(积极行为)或不作为(消极行为), 是人的有意识的活动。如生产经营行为、经济管理行为、完成一定工作的行为及提供一定劳务的行为等。行为是行为过程与其结果的统一。

(4) 人身。人身是由各个生理器官组成的生理整体(有机体)。它是人的物质形态, 也是人的精神利益的物质体现。随着现代科技和医学的发展, 输血, 植皮, 器官移植, 精子、卵子提取, 尸体捐献, 人体解剖等现象大量出现, 人体器官买卖和捐赠等活动也日益增多, 人体(部分或整体)成为法律关系的客体已成为不争的事实, 已被民法理论视为具有法律意义的特殊的物而加以保护, 但是这已不是原本意义上的物质形态与精神利益的统一体的“人身”。所以, 必须注意以下几点: 一是活人的整个身体, 显然不得视为法律上的“物”, 不能作为物权、债权和继承权的客体, 禁止贩卖或拐卖人口, 禁止买卖婚姻; 二是权利人对自己的人身不得进行违法或者有伤风化的活动, 不得滥用人身或自践人身和人格, 如卖淫、自杀、自残行为就属违法或法律不提倡的行为; 三是对人身行使权利时必须依法进行, 不得超出法律授权的界限, 如有监护权的父母不得虐待未成年子女的人身。

【例 1-4】 公民王某与某医疗中心签订协议, 承诺死后将自己的眼角膜无偿捐赠给该医疗中心, 用于帮助失明患者重见光明。分析王某与该医疗中心形成的法律关系。

【解析】 王某与该医疗中心形成遗赠关系。该法律关系的主体是王某与该医疗中心, 内容是王某死后将自己的眼角膜无偿捐赠给该医疗中心, 用于帮助失明患者重见光明。客体是王某人身的一部分——眼角膜。

三、法律事实

任何法律关系的发生、变更和消灭, 都要有法律事实的存在。

法律事实是指由法律规范所确定的, 能够产生法律后果, 即能够直接引起法律关系发生、变更或者消灭的情况。法律规范和法律主体只是法律关系产生的抽象的、一般的前提, 并不能直接引起法律关系的变化; 法律事实则是法律关系产生的具体条件, 只有当法律规范规定的事实发生时, 才会引起法律关系的发生、变更和消灭。法律事实是法律关系发生、变更和消灭的直接原因。按照是否以当事人的意志为转移这一标准, 可以将法律事实分为两大类: 法律事件和法律行为。

（一）法律事件

法律事件是指不以当事人的主观意志为转移的，能够引起法律关系发生、变更和消灭的法定情况或者现象。

事件可以是自然现象，如地震、洪水、台风、森林大火等不因人的因素造成的自然灾害；也可以是某些社会现象，如爆发战争、重大政策的改变等，虽属人的行为引起，但其出现在特定法律关系中，不以当事人的意志为转移时也构成法律事实。自然灾害可引起保险赔偿关系的发生或合同关系的解除；人的出生可引起抚养关系、户籍管理关系的发生；人的死亡可引起抚养关系、婚姻关系、劳动合同关系的消灭，继承关系的发生；重大社会变迁和社会革命可引起整个社会关系状况的全面变革，进而导致国家法律关系的变化。由自然现象引起的事实又称绝对事件，由社会现象引起的事实又称相对事件。它们的出现都是不以人们（当事人）的意志为转移的，具有不可抗力的特征。

（二）法律行为

法律行为是指以法律关系主体意志为转移，能够引起法律后果，即引起法律关系发生、变更和消灭的人们有意识的活动。它是引起法律关系发生、变更和消灭的最普遍的法律事实。其对应的是“非法律行为”，即不受法律调整、不发生法律效力、不产生法律后果的行为，简言之，即不具有法律意义的行为。

法律行为是一个非常重要的法学概念，在法学理论中居于重要地位，因为法律本身主要是行为规范，各部门法都涉及对不同领域的行为的调整。根据不同的标准，可以对法律行为作不同的分类。

1. 合法行为与违法行为

这是根据行为是否符合法律规范的要求，即行为的法律性质所作的分类。合法行为，是指行为人所实施的具有一定的法律意义、与法律规范要求相符合的行为；违法行为，是指行为人所实施的违反法律规范的要求、应受惩罚的行为。

2. 积极行为与消极行为

这是根据行为的表现形式不同，对法律行为所作的分类。积极行为，又称作为，是指以积极、主动作用于客体的形式表现的、具有法律意义的行为；消极行为，又称不作为，是指以消极的、抑制的形式表现的、具有法律意义的行为。

3. （意思）表示行为与非表示行为

这是根据行为是否通过意思表示所作的分类。表示行为，是指行为人基于意思表示而作出的具有法律意义的行为；非表示行为，是指非经行为人意思表示是基于某种事实状态即具有法律效果的行为，如拾得遗失物、发现埋藏物等。

4. 单方行为与多方行为

这是根据主体意思表示的形式所作的分类。单方行为，是指由法律主体一方的意思表示即可成立的法律行为，如遗嘱、行政命令等；多方行为，是指由两个或两个以上的多方法律主体意思表示一致而成立的法律行为，如合同行为等。

5. 要式行为与非要式行为

根据行为是否需要特定形式或实质要件，可以将法律行为分为要式行为和非要式行为。要式行为，是指必须具备某种特定形式或程序才能成立的法律行为；非要式行为，是指无须

特定形式或程序即能成立的法律行为。

6. 自主行为与代理行为

根据主体实际参与行为的状态,可以把法律行为分为自主行为和代理行为。自主行为,是指法律主体在没有其他主体参与的情况下以自己的名义独立从事的法律行为;代理行为,是指法律主体根据法律授权或其他主体的委托而以被代理人的名义所从事的法律行为。

【例 1-5】 下列各项中,属于法律事实的有()。

- A. 纵火 B. 爆发战争 C. 地震 D. 签发汇票

【解析】 正确答案为 ABCD。地震和爆发战争都是当事人无法控制、无法预见的事件,而纵火和签发汇票则是人有意识的行为,可以产生相应的法律后果,属于法律行为(违法行为和合法行为)。

【例 1-6】 会计于某在单位领导的授意下,将一张私自购入的空白发票填写金额后入账。分析会计于某与其单位领导的行为是否构成法律行为。

【解析】 会计于某虚开发票入账的行为和其单位领导授意的行为均构成法律行为,属于违法行为,也属于积极行为(作为)。

四、法的形式和分类

(一) 法的形式

这里所讲的法的形式,即法学上所谓的法的渊源,是指法的具体的表现形态,即法是由何种国家机关,依照什么方式或程序创制出来的,并表现为何种形式、具有何种效力等级的法律文件。法的形式种类,主要是依据创制法的国家机关不同、创制方式的不同而进行划分的。

我国法的形式主要有以下几种。

1. 宪法

宪法由国家最高权力机关——全国人民代表大会制定,是国家的根本大法。宪法规定国家的基本制度和根本任务,具有最高的法律效力,也具有最为严格的制定和修改程序。我国现行宪法是 1982 年 12 月 4 日第五届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国宪法》,全国人民代表大会于 1988 年、1993 年、1999 年、2004 年先后四次以宪法修正案的形式对现行宪法作了修改和补充。

【例 1-7】 下列法的形式中,属于国家的根本大法、具有最高法律效力的是()。

- A. 中华人民共和国全国人民代表大会组织法
B. 中华人民共和国立法法
C. 中华人民共和国宪法
D. 中华人民共和国刑法

【解析】 正确答案为 C。中华人民共和国宪法是国家的根本大法,具有最高的法律效力。各种法的等级和效力是不同的,在学习时应加以注意。

2. 法律

法律是由全国人民代表大会及其常务委员会经一定立法程序制定颁布的规范性文件。法律通常规定和调整国家、社会和公民生活中某一方面带根本性的社会关系或基本问题。其法律效力和地位仅次于宪法,是制定其他规范性文件的依据。法律分为基本法律和基本法律以

外的法律两种。基本法律由全国人民代表大会制定和修改，在全国人民代表大会闭会期间，全国人民代表大会常务委员会也有权对其进行部分补充和修改，但不得同其基本原则相抵触。基本法律规定国家、社会和公民生活中具有重大意义的基本问题，如《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国刑法》等。基本法律以外的法律由全国人民代表大会常务委员会制定和修改，规定国家、社会和公民生活中某一方面的基本问题，其调整面相对较窄，内容较具体，如《中华人民共和国会计法》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国税收征收管理法》等。另外，全国人民代表大会及其常务委员会还有权就有关问题作出规范性决议或决定，它们与法律具有同等地位和效力。

3. 行政法规

行政法规是由国家最高行政机关——国务院在法定职权范围内为实施宪法和法律制定、发布的规范性文件，通常冠以条例、办法、规定等名称，如国务院令第 287 号发布的《企业财务会计报告条例》。其地位次于宪法和法律，高于地方性法规，是一种重要的法的形式。

4. 地方性法规

省、自治区、直辖市的人大及其常委会在与宪法、法律和行政法规不相抵触的前提下，可以根据本地区的具体情况和实际需要制定、发布规范性文件，即地方性法规。省、自治区、直辖市人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市，以及某些经济特区市的人大及其常委会在宪法、法律和行政法规允许范围内制定的适用于本地方的规范性文件，也属于地方性法规，如北京市人大常委会发布的《北京市城乡规划条例》、《北京市实施〈中华人民共和国食品卫生法〉办法》，上海市人大常委会发布的《上海市促进就业若干规定》等。地方性法规效力不超出本行政区域范围，是地方司法的依据之一。

5. 自治法规

民族自治地方（自治区、自治州、自治县）的人大有权依照当地民族的政治、经济和文化特点，制定自治条例和单行条例。自治条例是民族自治地方根据自治权制定的综合的规范性法律文件；单行条例则是根据自治权制定的调整某一方面事项的规范性法律文件。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效；自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省或自治区人大常委会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案，如《西藏自治区立法条例》、《内蒙古自治区鄂伦春自治旗自治条例》等。自治条例和单行条例可作为民族自治地方的司法依据。

6. 特别行政区的法

全国人民代表大会制定的特别行政区基本法以及特别行政区依法制定并报全国人民代表大会常务委员会备案的、在该特别行政区内有效的规范性法律文件，属于特别行政区的法。1990 年 4 月 4 日第七届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第八条规定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留。”

7. 行政规章

行政规章是国务院各部委，省、自治区、直辖市人民政府，省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市以及某些经济特区市的人民政府，在其职权范围内依法制定、发布的规范性文件。行政规章分为部门规章和政府规章两种。部门规章是国务院所属部委根据法律和国务院行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内制定、发布的规范性文件，又称部委规章，国务院所属的具有行政职能的直属机构发布的具有行政职能的规范性文件，

也属于部门规章的范围,如中华人民共和国财政部令第54号发布的《金融企业国有资产管理办法》、中华人民共和国财政部与国家税务总局令第52号发布的《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》等。部门规章的地位低于宪法、法律、行政法规,不得与它们相抵触。政府规章是有权制定地方性法规的地方的人民政府根据法律、行政法规和地方性法规制定的规范性文件,又称地方政府规章,如上海市人民政府令第10号公布的《上海市旅馆业管理办法》、北京市人民政府令第210号公布的《北京市实施<中华人民共和国耕地占用税暂行条例>办法》。政府规章除不得与宪法、法律和行政法规相抵触外,还不得与上级和同级地方性法规相抵触。行政规章在法院审理行政案件时仅起参照作用。

8. 国际条约

国际条约不属于国内法的范畴,但我国签订和加入的国际条约对于我国的国家机关、社会团体、企业、事业单位和公民也有约束力,因此,这些条约就其具有与国内法同样的约束力而言,也是我国法的形式之一,如《中华人民共和国和乌克兰关于民事和刑事司法协助的条约》,以及中国加入世界贸易组织所签订的一系列文件等。

【例 1-8】 小张认为,在我国,最高人民法院所作的判决书,也是法的形式之一。分析小张的观点是否正确。

【解析】 在我国,只有国家机关依照法定权限和程序制定的具有普遍约束力的规范性法律文件,才是法的形式。我国的法律形式主要表现为以宪法为核心的各种制定法,包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治法规、特别行政区的法、行政规章以及我国缔结或加入并生效的国际条约等。我国不实行判例制度,最高人民法院所作的判决书只是一种非规范性法律文件,不能作为法的形式。所以,小张的观点是错误的。

(二) 法的分类

根据不同的标准,可以对法作不同的分类。对法进行分类,不仅有助于分析不同种类的法的各自不同个性,廓清相互之间的界限,而且有助于从不同侧面了解法的各有关方面,帮助我们z从整体上、大局上把握一般的法的概念。

1. 成文法和不成文法

这是根据法的创制方式和发布形式所作的分类。

成文法是指有权制定法律的国家机关,依照法定程序所制定的具有条文形式的规范性文件。

不成文法是指国家机关认可的、不具有条文形式的习惯,又称习惯法。有的观点认为判例法也是不成文法。

2. 根本法和普通法

这是根据法的内容、效力和制定程序所作的分类。

根本法就是宪法,它规定国家制度和社会制度的基本原则,具有最高的法律效力,是普通法立法的依据。因此,它的制定和修改通常需要经过比普通法更为严格的程序。

普通法泛指宪法以外的所有法律,它根据宪法确认的原则就某个方面或某些方面的问题作出具体规定,效力低于宪法。

3. 实体法和程序法

这是根据法的内容所作的分类。

实体法是指从实际内容上规定主体的权利和义务的法律,如民法、刑法。

程序法是指为了保障实体权利和义务的实现而制定的关于程序方面的法律，如刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法。

4. 一般法和特别法

这是根据法的空间效力、时间效力或对人的效力所作的分类。

一般法是指在一国领域内对全体居民和所有的社会组织普遍适用，而且在它被废除前始终有效的法律，如民法、刑法。

特别法是指只在一国的特定地域内（如某个行政区域）或只对特定主体（如公职人员、军人）或在特定时期内（如战争时期）有效的法律。

5. 国际法和国内法

这是根据法的主体、调整对象和渊源所作的分类。

国际法的主体主要是国家，调整的对象主要是国家间的相互关系，渊源主要是国际条约和各国公认的国际惯例，实施则以国家单独或集体的强制措施为保证。

国内法的主体主要是该国的公民和社会组织，调整对象是一国内部的社会关系，渊源主要是制定国家立法机关颁布的规范性文件，实施则以该国的强制力加以保证。

6. 公法和私法

这种划分方法，始于古罗马五大法学家之一的乌尔比，在法学界中得到广泛应用，但划分公法和私法的标准却众说纷纭。比较普遍的说法是以法律运用的目的为划分的依据，即凡是以保护公共利益为目的的法律为公法，如宪法、行政法、刑法、诉讼法；凡是以保护私人利益为目的的法律为私法，如民法、商法。

【例 1-9】 下列对法所作的分类中，属于以法的空间效力、时间效力或对人的效力为依据进行分类的是（ ）。

A. 成文法和不成文法

B. 根本法和普通法

C. 一般法和特别法

D. 实体法和程序法

【解析】 正确答案为 C。根据不同的标准可以对法作不同的分类，如根据法的创制方式和发布形式，根据法的内容、效力和制定程序，根据法的内容等因素进行分类。在学习时应加以比较、理解。

五、法律部门与法律体系

（一）法律部门与法律体系的概念

法律部门又称部门法，是指根据一定标准和原则所划定的同类法律规范的总称。法律部门划分的标准首先是法律调整的对象，即法律调整的社会关系。如调整行政主体与行政相对人之间行政管理关系的法律规范的总和构成行政法部门。其次是法律调整的方法。如民法和刑法，都调整财产关系和人身关系，但民法以自行调节为主要方式，而刑法以强制干预为主要调整方式，民法要求对损害予以财产赔偿，而刑法则对犯罪人处以严厉的人身惩罚。不过，法律部门的划分也不是绝对的，可以有不同的标准，可以交叉、重合，没有对错之分，只有方便与不方便、合理与不合理之分。

一个国家现行的法律规范分类组合为若干法律部门，由这些法律部门组成的具有内在联系的、互相协调的统一整体即为法律体系。也就是说，一个国家的现行法律规范是多种多样的，它们涉及社会生活的各个方面，有着各种不同的内容和形式。但是它们并不是杂乱无章

的,而是有着紧密联系,构成一个完整、有机、统一的体系。

（二）我国现行的法律部门与法律体系

根据第九届全国人民代表大会常务委员会的意见,我国现行法律体系可以划分为以下七个主要的法律部门。

1. 宪法及宪法相关法法律部门

宪法是国家的根本法,宪法相关法是与宪法相配套、直接保障宪法实施和国家政权运作等方面的法律规范的总和,主要包括四个方面的法律:有关国家机构的产生、组织、职权和基本工作制度的法律;有关民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度的法律;有关维护国家主权、领土完整和安全的法律;有关保障公民基本政治权利的法律。

2. 民法商法法律部门

民法商法是规范民事、商事活动的法律规范的总和,所调整的是自然人、法人和其他组织之间以平等地位发生的各种法律关系(称为横向关系)。民法调整的是公民与公民之间、法人与法人之间、公民与法人之间的财产关系以及人身关系。商法可以看作民法中的一个特殊部分,是在民法基本原则的基础上适应现代商事活动的需要逐渐发展起来的,主要包括公司、破产、证券、期货、保险、票据、海商等方面的法律。

3. 行政法法律部门

行政法是规范国家行政管理活动的法律规范的总和,包括有关行政管理主体、行政行为、行政程序、行政监督以及国家公务员制度等方面的法律规范。行政法调整的是行政机关与行政管理相对人(公民、法人和其他组织)之间因行政管理活动而发生的法律关系(称为纵向关系)。在这种管理与被管理的纵向法律关系中,行政机关与行政管理相对人的地位是不平等的,行政行为由行政机关单方面依法作出,不需要双方平等协商。

4. 经济法法律部门

经济法是调整国家从社会整体利益出发对市场经济活动实行干预、管理、调控所产生的社会经济关系的法律规范的总和。经济法是在国家干预市场经济活动过程中逐渐发展起来的一个法律门类,一方面与行政法的联系很密切,另一方面与民法、商法的联系很密切。往往在同一个经济法中包括两种不同性质的法律规范,既有调整纵向法律关系的,也有调整横向法律关系的,因而具有相对的独立性。

5. 社会法法律部门

社会法是调整有关劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律规范的总和。社会法是在国家干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类,所调整的是政府与社会之间、社会不同部分之间的法律关系。

6. 刑法法律部门

刑法是规范犯罪、刑事责任和刑事处罚的法律规范的总和。刑法是一个传统的法律门类,与其他法律门类相比,具有两个显著特点:一是所调整的社会关系最广泛;二是强制性最严厉。

7. 诉讼与非诉讼程序法法律部门

诉讼与非诉讼程序法是调整因诉讼活动和非诉讼活动而产生的社会关系的法律规范的总和。我国的诉讼制度分为刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼三种。解决经济纠纷,除通过诉讼“打官司”外,还可以通过仲裁这种非诉讼的途径。

六、经济法概述

（一）经济法的概念

在法学界，对经济法的概念和范围一直存在不同观点。目前一般公认的观点认为，经济法是调整宏观经济调控关系和市场规制关系的法律规范的总称。

（二）经济法的调整对象

与经济法的概念相联系，经济法的调整对象是在社会生产和再生产过程中发生的宏观经济调控关系和市场规制关系。

1. 宏观经济调控关系

宏观经济调控关系又称宏观调控关系，是指国家在对国民经济和社会发展运行进行规划、调节和控制过程中发生的经济关系。具体表现为国家计划调控关系、财政调控关系、金融调控关系等。

2. 市场规制关系

市场规制是指国家通过制定行为规范引导、监督、管理市场主体的经济行为，也同时规范、约束政府监管机关的市场监管行为，从而保护消费主体利益，保障市场秩序。具体表现为完善市场规则、有效地反对垄断、制止不正当竞争、保护消费者权益。

单元二 经济纠纷的解决途径

一、经济纠纷的概念与解决途径概述

（一）经济纠纷的概念

经济纠纷是指市场经济主体之间因经济权利和经济义务的矛盾而引起的权益争议，包括平等主体之间涉及经济内容的纠纷和公民、法人或者其他组织作为行政管理相对人与行政机关之间因行政管理所发生的涉及经济内容的纠纷。

（二）经济纠纷解决途径概述

在市场经济条件下，市场经济主体为实现各自的经济目标，必然要进行各种经济活动，由于各自的经济权益相互独立，加之客观情况经常变化，因而不可避免地会发生各种各样的权益争议，产生经济纠纷，如合同纠纷、纳税人与税务机关就纳税事务发生争议等。为了保护当事人的合法权益，维持社会经济秩序，必须利用有效手段，及时处理解决这些纠纷。在我国，解决经济纠纷的途径和方式主要有仲裁、民事诉讼、行政复议、行政诉讼。

仲裁与民事诉讼都是适用于横向关系经济纠纷的解决方式。作为平等民事主体的当事人之间发生的经济纠纷，只能在仲裁或者民事诉讼两种方式中选择一种解决争议。有效的仲裁协议可排除法院的管辖权，只有在没有仲裁协议或者仲裁协议无效，或者当事人放弃仲裁协议的情况下，法院才可以行使管辖权，这在法律上称为或裁或审原则。

当公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益时，可采取申

请行政复议或者提起行政诉讼的方式解决。行政复议与行政诉讼方式都是针对纵向关系经济纠纷的解决方式,都由行政管理相对人一方提出申请。选择哪种方式则与纠纷的性质有关。根据法律的不同规定,有的可以直接向法院起诉,或者先申请行政复议,对行政复议决定不服时再起诉;有的则只能先申请行政复议,对行政复议决定不服时才能提起行政诉讼;还有的则只能通过行政复议的方式解决,由行政机关对纠纷作出最终裁决。

【例 1-10】 下列争议解决方式中,适用于解决平等民事主体当事人之间发生的经济纠纷的有()。

- A. 仲裁 B. 民事诉讼 C. 行政复议 D. 行政诉讼

【解析】 正确答案为 AB。行政复议和行政诉讼适用于解决行政机关与行政管理相对人因具体行政行为发生的争议,是对纵向关系经济纠纷的解决方式。

二、仲裁

(一) 仲裁的概念和特征

1. 仲裁的概念

仲裁是指由经济纠纷的各方当事人共同选定仲裁机构,对纠纷依法定程序作出具有约束力的裁决的活动。

2. 仲裁的特征

从仲裁的概念可以看出,仲裁具有三个要素或者特征。

(1) 仲裁以双方当事人自愿协商为基础。

(2) 仲裁由双方当事人自愿选择的中立第三者(仲裁机构)进行裁判。仲裁机构是民间性的组织,不是国家的行政机关或司法机关,对经济纠纷案件没有强制管辖权。

(3) 仲裁裁决对双方当事人都具有约束力。

1994 年 8 月 31 日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过,1995 年 9 月 1 日起施行的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)是仲裁活动进行的基本法律依据。

(二) 仲裁的适用范围

(1) 平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。

(2) 下列纠纷不能提请仲裁:关于婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷;依法应当由行政机关处理的行政争议。

(3) 下列仲裁不适用于《仲裁法》,不属于《仲裁法》所规定的仲裁范围,而应由别的法律予以调整:劳动争议的仲裁;农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁。

【例 1-11】 下列纠纷中,可以由《仲裁法》解决的是()。

- A. 甲乙之间的农村土地承包合同纠纷 B. 甲乙之间的货物买卖合同纠纷
C. 甲乙之间的遗产继承纠纷 D. 甲乙之间的劳动争议纠纷

【解析】 正确答案为 B。《仲裁法》的适用范围是平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷或其他财产纠纷。与人身有关的纠纷不适用仲裁法;劳动争议以及农村土地承包合同纠纷可以由法律规定的组织仲裁,分别适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》,不应由《仲裁法》调整。

（三）仲裁的基本原则

1. 自愿原则

当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。

2. 依据事实和法律，公平合理地解决纠纷的原则

仲裁要坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则，在法律没有规定或者规定不完备的情况下，仲裁庭可以按照公平合理的一般原则来解决纠纷。

3. 独立仲裁原则

仲裁机关不依附于任何机关而独立存在，仲裁依法独立进行，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉。

4. 一裁终局原则

仲裁实行一裁终局的制度，即仲裁庭作出的仲裁裁决为终局裁决。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。

【例 1-12】 甲、乙两公司因合同纠纷向某市仲裁委员会申请仲裁。仲裁庭作出裁决后，甲公司不服，拟再次申请仲裁，或向法院起诉。分析甲公司是否可以再次申请仲裁或向法院起诉。

【解析】 仲裁实行一裁终局制度。仲裁庭的裁决为终局裁决。甲、乙公司应执行仲裁庭的裁决。当事人就同一纠纷再申请仲裁或向法院起诉的，仲裁委员会和人民法院都不会受理。

（四）仲裁机构

仲裁机构主要指仲裁委员会。仲裁委员会是有权对当事人提交的经济纠纷进行审理和裁决的机构。仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。

仲裁委员会由主任 1 人、副主任 2~4 人和委员 7~11 人组成。仲裁委员会的主任、副主任和委员由法律、经济贸易专家和有实际工作经验的人员担任。仲裁委员会的组成人员中，法律、经济贸易专家不得少于 2/3。仲裁委员会从公道正派且符合一定专业条件的人员中聘任仲裁员。

【例 1-13】 根据《仲裁法》的规定，下列关于仲裁委员会的表述中，正确的有（ ）。

- A. 仲裁委员会是司法机关
- D. 仲裁委员会不按行政区划层层设立
- C. 仲裁委员会独立于行政机关
- D. 仲裁委员会之间没有隶属关系

【解析】 正确答案为 BCD。仲裁委员会不是行政机关或司法机关，只是独立的裁决经济纠纷的民间组织机构。

（五）仲裁协议

1. 仲裁协议的概念

仲裁协议是指双方当事人自愿把他们之间可能发生或者已经发生的经济纠纷提交仲裁机

构裁决的书面约定，仲裁协议应当以书面形式订立。口头达成仲裁的意思表示无效。

2. 仲裁协议的内容

仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面形式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：请求仲裁的意思表示；仲裁事项；选定的仲裁委员会。

仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

3. 仲裁协议的效力

仲裁协议一经依法成立，即具有法律约束力。仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

仲裁庭有权确认合同的效力。当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。当事人对仲裁协议的效力有异议时，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

【例 1-14】 甲、乙两公司因租赁合同发生纠纷，甲向某仲裁委员会申请仲裁，乙向法院提起诉讼。据了解，双方并没有签订仲裁协议。分析甲、乙两公司解决纠纷的途径是什么；仲裁委员会和法院对甲、乙的请求各会作出什么样的处理？

【解析】 由于甲、乙之间没有签订仲裁协议，故不能通过仲裁方式解决纠纷，只能通过民事诉讼方式解决争议。对甲公司的仲裁申请，仲裁委员会不予受理；对乙公司的起诉，法院应予受理。

当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。

【例 1-15】 甲、乙双方因买卖货物发生合同纠纷，甲向法院提出诉讼。开庭审理时，乙提出双方签有仲裁协议，应通过仲裁方式解决。对该案件的下列处理方式中，符合法律规定的是（ ）。

- A. 仲裁协议有效，法院驳回甲的起诉
- B. 仲裁协议无效，法院继续审理
- C. 由甲、乙双方协商确定纠纷的解决方式
- D. 视为甲、乙双方已放弃仲裁协议，法院继续审理

【解析】 正确答案为 D。乙方在开庭审理时才提出双方签有仲裁协议，而没有在开庭前提出，那么应视为甲、乙双方都已放弃仲裁协议，法院继续审理。

（六）仲裁裁决

仲裁不实行级别管辖和地域管辖，仲裁委员会应当由当事人协议选定。仲裁庭可以由 3 名仲裁员或者 1 名仲裁员组成。由 3 名仲裁员组成的，设首席仲裁员。当事人约定由 3 名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定 1 名仲裁员，第 3 名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第 3 名仲裁员是首席仲裁员。当事人约定由 1 名仲裁员成立仲裁庭的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲

裁委员会主任指定。仲裁庭组成后，仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：①是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；②与本案有利害关系；③与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；④私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。所谓开庭审理，是指在仲裁庭的主持下，在双方当事人和其他仲裁参与人的参加下，按照法定程序，对案件进行审理并作出裁决的方式。仲裁不公开进行，当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。所谓不公开进行，是指仲裁庭在审理案件时不对社会公开，不允许群众旁听，也不允许新闻记者采访和报道。

当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请。当事人达成和解协议，撤回仲裁申请后反悔的，可以根据仲裁协议申请仲裁。

仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解；调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力，调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。裁决书自作出之日起发生法律效力。

当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的，另一方当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

【例 1-16】 甲、乙因合同纠纷达成仲裁协议，甲选定 A 仲裁员，乙选定 B 仲裁员，另由仲裁委员会主任指定一名首席仲裁员，3 人组成仲裁庭。仲裁庭在作出裁决时产生了两种不同意见。根据《仲裁法》的规定，仲裁庭应当采取的做法是（ ）。

- A. 按多数仲裁员的意见作出裁决
- B. 按首席仲裁员的意见作出裁决
- C. 提请仲裁委员会作出裁决
- D. 提请仲裁委员会主任作出裁决

【解析】 正确答案为 A。仲裁裁决应按多数仲裁员的意见作出。在仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按首席仲裁员的意见作出。

三、民事诉讼

民事诉讼，是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依照法律规定审理和解决民事纠纷的活动。平等主体当事人之间发生经济纠纷提起诉讼，适用《民事诉讼法》解决纷争。1991 年 4 月 9 日第七届全国人民代表大会第四次会议通过，2012 年 8 月 31 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》（第二次修正），2013 年 1 月 1 日起施行的《民事诉讼法》是民事诉讼活动进行的法律依据。

（一）民事诉讼的适用范围

公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系发生纠纷，可以提起民事诉讼。

适用于《民事诉讼法》的案件具体有五类。

(1) 因民法、婚姻法、收养法、继承法等调整的平等主体之间的财产关系和人身关系发生的民事案件，如合同纠纷、房产纠纷、侵害名誉权纠纷等案件。

(2) 因经济法、劳动法调整的社会关系发生的争议，法律规定适用民事诉讼程序审理的案件，如企业破产案件、劳动合同纠纷案件等。

(3) 适用特别程序审理的选民资格案件和宣告公民失踪、死亡等非讼案件。

(4) 按照督促程序解决的债务案件。

(5) 按照公示催告程序解决的宣告票据和有关事项无效的案件。

(二) 审判制度

1. 合议制度

合议制度是指由 3 名以上审判人员组成审判组织，代表法院行使审判权，对案件进行审理并作出裁判的制度。合议制度是相对于独任制度而言的，后者是指由 1 名审判员独立地对案件进行审理和裁判的制度。法院审理第一审民事案件，除适用简易程序审理的民事案件由审判员一人独任审理外，一律由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。合议庭的成员，应当是 3 人以上的单数。

2. 回避制度

回避制度是指参与某案件民事诉讼活动的审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人是案件的当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属，或者与案件有利害关系，或者与案件当事人有其他关系、可能影响对案件公正审理的，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避。

3. 公开审判制度

公开审判制度是指法院的审判活动依法向社会公开的制度。法律规定，法院审理民事或行政案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。公开审理案件，应当在开庭前公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点，以便群众旁听。公开审判包括审判过程公开和审判结果公开两项内容。不论案件是否公开审理，一律公开宣告判决。

4. 两审终审制度

两审终审制度是指一个诉讼案件经过两级法院审判后即终结的制度。根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，我国法院分为四级：最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院、基层人民法院。除最高人民法院外，其他各级法院都有自己的上一级法院。按照两审终审制，一个案件经第一审法院审判后，当事人如果不服，有权在法定期限内向上一级法院提起上诉，由该上一级法院进行第二审。二审法院的判决、裁定是终审的判决、裁定。适用特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序审理的案件，实行一审终审。对终审判决、裁定，当事人不得上诉。如果发现终审裁判确有错误，可以通过审判监督程序予以纠正。

(三) 诉讼管辖

诉讼管辖是指各级法院之间以及不同地区的同级法院之间，受理第一审民事案件、经济纠纷案件的职权范围和具体分工。管辖可以按照不同标准作多种分类，其中最重要、最常用的是级别管辖和地域管辖。

1. 级别管辖

级别管辖根据案件性质、案情繁简、影响范围，来确定上、下级法院受理第一审案件的分工和权限。大多数民事案件均归基层人民法院管辖。

2. 地域管辖

各级法院的辖区和各级行政区划是一致的。按照地域标准也即按照法院的辖区和民事案件的隶属关系，确定同级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限，称地域管辖。地域管辖又分为一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖、选择管辖和共同管辖等。

(1) 一般地域管辖，按照当事人所在地与法院辖区的隶属关系来确定案件管辖法院，又称普通管辖。通常实行“原告就被告”原则，即由被告住所地法院管辖，原告向被告住所地法院起诉。这样规定，既有利于被告应诉，又便于法院行使审判权，还有利于法院采取财产保全和执行措施，同时也可在一定程度上防止原告滥用起诉权。

(2) 特殊地域管辖，以诉讼标的所在地、法律事实所在地为标准确定管辖法院，又称特别管辖。《民事诉讼法》规定了几种属于特殊地域管辖的诉讼。

① 因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地法院管辖，合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地法院管辖，但不得违反《民事诉讼法》对级别管辖和专属管辖的规定。

② 因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地法院管辖。

③ 因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地法院管辖。

④ 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地法院管辖。

⑤ 因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地（包括侵权行为实施地、侵权结果发生地）或者被告住所地法院管辖。

⑥ 因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地法院管辖。

⑦ 因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地法院管辖。

⑧ 因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地法院管辖。

⑨ 因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的法院管辖。

(3) 专属管辖，是指法律强制规定某类案件必须由特定的法院管辖，其他法院无权管辖，当事人也不得协议变更的管辖。专属管辖的案件主要有三类。

① 因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地法院管辖；

② 因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地法院管辖；

③ 因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地法院管辖。

(4) 选择管辖，是指如果两个以上法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中任何一个法院起诉；原告向两个以上有管辖权的法院起诉的，由最先立案的法院管辖。

(5) 共同管辖，是指两个以上的法院对同一个诉讼案件都有合法的管辖权的情况。

【例 1-17】 甲、乙因房屋买卖纠纷欲提起诉讼，则对该案件享有管辖权的法院是（ ）。

A. 甲住所地法院

B. 乙住所地法院

C. 房屋所在地法院

D. 甲、乙协议的法院

【解析】 正确答案为 C。根据《民事诉讼法》的规定，因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地法院管辖。

（四）诉讼时效

1. 诉讼时效的概念

诉讼时效是指权利人在法定期间内不行使权利而失去诉讼保护的制度。诉讼时效期间是指权利人请求法院或仲裁机构保护其民事权利的法定期间。

诉讼时效期间届满，权利人丧失的是胜诉权，即丧失依诉讼程序强制义务人履行义务的权利；权利人的实体权利并不消灭，债务人自愿履行的，不受诉讼时效限制。

规定诉讼时效的主要作用如下。

（1）督促权利人及时行使权利。诉讼时效规定体现的是，如果权利人享有权利但不积极地行使，将产生权利消灭的法律后果。诉讼时效体现了法律保护勤勉者，不保护懒惰者的原则。换言之，法律只能保护积极行使权利的人。

（2）维护既定的法律秩序的稳定。权利人长期不向义务人主张权利，就会使义务人认为权利人已经放弃其请求权，从而形成一种稳定的社会秩序和法律秩序。在经过相当长的时间后，权利人才行使权利，就会导致既定的社会秩序被破坏，不利于法律秩序的稳定。

（3）有利于证据的收集和判断，并及时解决纠纷。如果权利人长期不行使权利，有些事实和证据可能因年代久远，难以查证。法律规定诉讼时效，以使当事人和法院免受陈年旧账的困扰。

关于仲裁时效，法律有规定的，适用法律规定；法律没有规定的，适用诉讼时效的规定。

2. 诉讼时效期间的具体规定

诉讼时效期间有下列几种。

（1）普通诉讼时效期间。普通诉讼时效期间，又称一般诉讼时效期间，是指由民事普通法规定的具有普遍意义的诉讼时效期间。根据《民法通则》的规定，除法律另有规定外，一般诉讼时效为 2 年。

（2）特别诉讼时效期间。特别诉讼时效期间，又称特殊诉讼时效期间，是指由民事普通法或特别法规定的，仅适用于特定民事法律关系的诉讼时效期间。如《民法通则》规定，下列事项的诉讼时效期间为 1 年：①身体受到伤害要求赔偿的；②出售质量不合格的商品未声明的；③延付或者拒付租金的；④寄存财物被丢失或者损毁的。

【例 1-18】 张某与房东薛某商定租其一套二居室住房，租期 1 年，时间从 2010 年 9 月 1 日至 2011 年 8 月 31 日，先预付半年租金，满 6 个月时（2011 年 3 月 1 日）支付其余租金。期满后是否续租再协商，经履行法定程序后，张某按期搬入住房。2011 年 8 月月底，张某在未支付其余租金，也未打招呼的情况下搬出薛某的房屋，不知去向。已知薛某从未向张某追要过其余租金。分析薛某为有效保护自己的权益，应在什么时间内主张自己的权利。

【解析】 延付或者拒付租金的诉讼时效期间为 1 年，自权利人知道或者应当知道权利被侵害时起计算。张某应支付其余房租的时间为 2011 年 3 月 1 日，因此薛某应在 2011 年 3 月 2 日始至 2012 年 3 月 1 日这一期间主张自己的权利，才能有效地保护自己的合法权益。

在《民法通则》之外，《合同法》、《继承法》、《海商法》、《票据法》等也都规定了特殊诉讼时效期间。

（3）最长诉讼时效期间。诉讼时效期间，均从权利人知道或者应当知道权利被侵害时起

计算。但是,从权利被侵害之日起超过 20 年的,法院不予保护。有特殊情况,法院可以延长诉讼时效期间。也就是说,对在 20 年内始终不知道自己权利受侵害的当事人,法律也不再予以诉讼保护。20 年就是法律保护的最长期限,故又称绝对时效期间。

3. 诉讼时效期间的中止、中断和延长

(1) 诉讼时效期间的中止,是指在诉讼时效期间的最后 6 个月内,因不可抗力或者其他障碍致使权利人不能行使请求权的,诉讼时效期间暂时停止计算。从中止时效的原因消除之日起,诉讼时效期间继续计算。所谓其他障碍,包括权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人,或者法定代理人死亡、丧失代理权,或者法定代理人本人丧失行为能力;也包括继承开始后继承人尚未确定或者非因继承人的原因导致遗产管理人不明,使继承人不能行使其继承权。

(2) 诉讼时效期间的中断,是指在诉讼时效期间,当事人提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务,而使已经过去的诉讼时效期间全归于无效。从中断时起,诉讼时效期间重新计算。

【例 1-19】 在【例 1-18】中,如果 2011 年 7 月 31 日,在薛某多方追讨下,张某写下保证书,保证于 2012 年 7 月 31 日之前付清房租,但到期仍未支付。请问:薛某主张租金权利的诉讼时效期间应如何计算?

【解析】 由于薛某主张权利,张某答应于 2012 年 7 月 31 日之前还款,因此已经过去的诉讼时效期间中断,从 2012 年 8 月 1 日起,诉讼时效期间重新计算,所以薛某的诉讼时效期间从 2012 年 8 月 1 日起到 2013 年 7 月 31 日止。

(3) 诉讼时效期间的延长,是指在诉讼时效期间届满后,权利人基于某种正当理由要求法院根据具体情况延长时效期间,经法院审查确认以后决定延长的制度。

【例 1-20】 在【例 1-18】中,如果 2012 年 1 月 10 日薛某突然患病猝死,其子女和其保姆为争夺遗产继承权诉至法院;2012 年 5 月 10 日,法院二审作出判决。请问:薛某的继承人向张某主张权利的诉讼时效期间如何计算?

【解析】 薛某向张某主张权利的诉讼时效期间到 2012 年 3 月 1 日止,但在诉讼时效届满的最后 6 个月内(2012 年 1 月 10 日),薛某突然患病去世,无法确定继承人,也就无法继续行使其权利,所以其诉讼时效期间在 1 月 10 日中止,到 5 月 10 日恢复继续计算,则薛某的继承人应在 7 月 1 日截止之前主张支付房租的权利。

(五) 判决和执行

1. 判决

法院审理民事案件可以根据当事人的意愿进行调解,但不论案件是否公开审理,一律公开宣告判决。

当事人不服人民法院第一审判决的,有权在判决书送达之日起 15 日内向上一级人民法院提起上诉,进行第二审,第二审的判决是发生法律效力的判决。如果在上诉期内当事人不上诉,第一审判决就是发生法律效力的判决。

【例 1-21】 甲公司与乙公司因合同纠纷诉至法院。法院经审理判决甲公司败诉,甲公司不服,提起上诉,二审法院判决驳回上诉,维持原判。分析二审法院判决的法律效力有哪些。

【解析】 我国民事诉讼实行两审终审制度,二审法院判决后即产生法律效力:甲、乙两公司间的合同纠纷消灭;甲公司不履行义务时,乙公司可以申请法院强制执行;非经法定审

判监督程序，该判决不得撤销。

2. 执行

当事人拒绝履行已经发生法律效力的判决、裁定、调解书和其他应当履行的法律文书时，对方当事人可以向人民法院的执行组织申请执行，强制义务人履行义务。

对于发生法律效力的判决、裁定，由第一审法院执行；对于调解书、仲裁机构的生效裁决、公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书等，则由被执行人住所地或者被执行人的财产所在地法院执行。

法院依照法定程序，强制执行生效法律文书的方法和手段，称为执行措施。我国现行《民事诉讼法》根据不同的执行对象规定了九种不同的执行措施：①查询、冻结、划拨被执行人的存款；②扣留、提取被执行人的收入；③查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产；④搜查被执行人的财产；⑤强制被执行人交付法律文书指定的财物或票证；⑥强制被执行人迁出房屋或者强制退出土地；⑦强制被执行人履行法律文书规定的行为；⑧要求有关单位办理产权证照转移手续；⑨强制被执行人支付迟延履行期间的债务利息及迟延履行金。

【例 1-22】 当事人拒绝履行已经发生法律效力的民事判决时，经另一方当事人申请，法院可以采取的强制执行措施有（ ）。

- A. 查询、冻结、划拨被执行人的存款
- B. 扣留、提取被执行人的收入
- C. 搜查被执行人的财产
- D. 要求有关单位办理产权证照转移手续

【解析】 正确答案为 ABCD。为维护法律的有效性和严肃性，法律规定在当事人拒绝履行生效的判决和裁定时，另一方当事人有权提请法院采取强制的执行措施予以执行。

四、行政复议

行政复议是指国家行政机关在依照法律、法规的规定履行对社会的行政管理职责过程中，作为行政管理主体的行政机关一方与作为行政管理相对人的公民、法人或者其他组织一方，对于法律规定范围内的具体行政行为发生争议，由行政管理相对人向作出具体行政行为的行政机关的上一级行政机关或者法律规定的其他行政机关提出申请，由该行政机关对引起争议的具体行政行为进行审查，并作出相应决定的一种行政监督活动。行政复议是现代国家保护公民免受行政机关具体行政行为不法侵害的一种重要的法律制度。

1999年4月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过的《中华人民共和国行政复议法》（以下简称《行政复议法》），是行政复议活动进行的基本法律依据。

（一）行政复议范围

公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，符合《行政复议法》规定范围的，可以申请行政复议。

1. 可以申请行政复议的事项

《行政复议法》规定，有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以申请行政复议。

（1）对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的。

(2) 对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的。

(3) 对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的。

(4) 对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的。

(5) 认为行政机关侵犯其合法的经营自主权的。

(6) 认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的。

(7) 认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的。

(8) 认为符合法定条件，申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，或者申请行政机关审批、登记有关事项，行政机关没有依法办理的。

(9) 申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责，行政机关没有依法履行的。

(10) 申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费，行政机关没有依法发放的。

(11) 认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法，在对具体行政行为申请行政复议时，可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请：①国务院部门的规定；②县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；③乡、镇人民政府的规定。前面所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。

2. 行政复议的排除事项

下列事项不能申请行政复议。

(1) 不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定。可依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。

【例 1-23】 根据《行政复议法》规定，下列各项中，不属于行政复议范围的是（ ）。

- A. 对工商局作出的吊销营业执照决定不服
- B. 对工商局作出的罚款决定不服
- C. 对财政局作出的吊销会计从业资格证书决定不服
- D. 对税务局作出的给予其职工的撤职处分决定不服

【解析】 正确答案为 D。行政复议适用的是行政管理相对人对行政管理机关的具体行政行为不服时可以采取的解决争议的一种方法，不适用行政管理机关内部的人事管理关系。

(2) 不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理。可依法申请仲裁或者向法院提起诉讼。

【例 1-24】 甲、乙两公司因买卖合同发生纠纷，经北京市西城区工商行政管理局调解，双方对合同的履行达成谅解。后甲公司越想越觉得调解结果对自己不利，于是向北京市工商行政管理局申请行政复议。分析北京市工商行政管理局应如何处理甲公司的申请。

【解析】 根据《行政复议法》的规定，不服行政机关对民事纠纷作出的调解处理，不属于行政复议范围，当事人可依法申请仲裁或者向法院提起诉讼。甲、乙两公司因买卖合同发生纠纷，虽经北京市西城区工商行政管理局调解，但其实质还是甲、乙双方之间的民事纠纷，

因而对甲公司行政复议的申请,北京市工商行政管理局不予受理。

（二）行政复议申请

公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的,可以自知道该具体行政行为之日起 60 日内提出行政复议申请;但是法律规定的申请期限超过 60 日的除外。因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的,申请期限自障碍消除之日起继续计算。

1. 行政复议参加人

行政复议参加人是指具体参加行政复议活动全过程,以保护其合法权益不受非法侵害的人。行政复议参加人包括申请人、被申请人和第三人。

(1) 依照《行政复议法》的规定,申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人,作出具体行政行为的行政机关是被申请人。

(2) 同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织,可以作为第三人参加行政复议。

申请人申请行政复议,可以书面申请,也可以口头申请。口头申请的,行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间。

2. 行政复议机关

依照《行政复议法》履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关,行政复议机关负责法制工作的机构具体办理行政复议事项。

(1) 对县级以上地方各级人民政府部门的具体行政行为不服的,由申请人选择,可以向该部门的本级人民政府申请行政复议,也可以向上一级主管部门申请行政复议。对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的,向上一级主管部门申请行政复议。

(2) 对地方各级人民政府的具体行政行为不服的,向上一级人民政府申请行政复议。

(3) 对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的,向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。

行政复议机关受理行政复议申请,不得向申请人收取任何费用。行政复议活动所需经费,应当列入本机关的行政经费,由本级财政予以保障。

行政复议期间具体行政行为不停止执行。但是,有下列情形之一的,可以停止执行:

①被申请人认为需要停止执行的;②行政复议机关认为需要停止执行的;③申请人申请停止执行,行政复议机关认为其要求合理,决定停止执行的;④法律规定停止执行的。

（三）行政复议决定

行政复议原则上采取书面审查的方法,但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时,可以向有关组织和人员调查情况,听取申请人、被申请人和第三人的意见。书面形式,是指行政复议机关根据书面材料查清案件事实并作出行政复议决定。当事人以书面形式提出自己的申请意见和答辩意见,以书面形式提交和运用证据。

行政复议的举证责任,由被申请人承担。

行政复议机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查,提出意见,经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后,按照下列规定作出行政复议决定。

(1) 具体行政行为认定事实清楚,证据确凿,适用依据正确,程序合法,内容适当的,

决定维持。

(2) 被申请人不履行法定职责的, 决定其在一定期限内履行。

(3) 具体行政行为有下列情形之一的, 决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法; 决定撤销或者确认该具体行政行为违法的, 可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为: ①主要事实不清、证据不足的; ②适用依据错误的; ③违反法定程序的; ④超越或者滥用职权的; ⑤具体行政行为明显不当的。

(4) 被申请人不按照本法相关规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的, 视为该具体行政行为没有证据、依据, 决定撤销该具体行政行为。

行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的, 被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。

行政复议机关应当自受理申请之日起 60 日内作出行政复议决定; 但是法律规定的行政复议期限少于 60 日的除外。

行政复议机关作出行政复议决定, 应当制作行政复议决定书, 并加盖印章。行政复议决定书一经送达, 即发生法律效力。

被申请人应当履行行政复议决定。被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的, 行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行。

申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的, 或者不履行最终裁决的行政复议决定的, 按照下列规定分别处理: ①维持具体行政行为的行政复议决定, 由作出具体行政行为的行政机关依法强制执行, 或者申请人民法院强制执行; ②变更具体行政行为的行政复议决定, 由行政复议机关依法强制执行, 或者申请人民法院强制执行。

五、行政诉讼

行政诉讼是指公民、法人或者其他组织认为国家行政机关或法律、法规授权的组织的具体行政行为侵犯其合法权益, 依法向人民法院请求司法保护, 人民法院通过对被诉具体行政行为的合法性进行审查, 在双方当事人和其他诉讼参与人的参与下, 对该行政争议进行审理和裁判的司法活动。1989 年 4 月 4 日由第七届全国人民代表大会第二次会议通过, 自 1990 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》) 是行政诉讼的法律依据。在我国, 行政诉讼与刑事诉讼、民事诉讼并称为三大诉讼, 是国家诉讼制度的基本形式之一。行政诉讼也是行政法制监督的一种特殊形式。

(一) 行政诉讼的适用范围

公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益的, 有权向法院提起行政诉讼。

法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的行政诉讼: ①对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的; ②对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的; ③认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的; ④认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照, 行政机关拒绝颁发或者不予答复的; ⑤申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责, 行政机关拒绝履行或者不予答复的; ⑥认为行政机关没有依法发给抚恤金的; ⑦认为行政机关违法要求履行义务的;

⑧认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除前款规定外，法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：①国防、外交等国家行为；②行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；③行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；④法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

（二）诉讼管辖

1. 级别管辖

（1）基层人民法院管辖第一审行政案件。

（2）中级人民法院管辖下列第一审行政案件：① 确认发明专利权的案件，海关处理的案件；②对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件；③本辖区内重大、复杂的案件。

2. 地域管辖

（1）行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

（2）对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。

（3）因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

（三）起诉和受理

（1）对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，对复议不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。

法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，应当依照法律、法规的规定。

（2）公民、法人或者其他组织先申请行政复议的，复议机关应当自收到申请书之日起 2 个月内作出决定。法律、法规另有规定的除外。申请人不服行政复议决定的，可以在收到复议决定书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。

（3）公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起 3 个月内提出。法律另有规定的除外。

（4）公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的，在障碍消除后的 10 日内，可以申请延长期限，由人民法院决定。

（5）人民法院接到起诉状，经审查，应当在 7 日内决定立案或者裁定不予受理。原告对裁定不服的，可以提起上诉。

（四）审理和判决

（1）人民法院公开审理行政案件，但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。

（2）人民法院审理行政案件，由审判员组成合议庭，或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员，应当是 3 人以上的单数。

(3) 当事人认为审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人与本案有利害关系或者有其他关系可能影响公正审判的, 有权申请上述人员回避。上述人员认为自己与本案有利害关系或者有其他关系的, 应当申请回避。

(4) 人民法院审理行政案件, 不适用调解, 应以法律和行政法规、地方性法规为依据, 并参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市以及经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。

(5) 人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前, 原告申请撤诉的, 或者被告改变其所作出的具体行政行为, 原告同意并申请撤诉的, 是否准许, 由人民法院裁定。

(6) 人民法院应当在立案之日起 3 个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的, 报经批准程序。

(7) 当事人不服人民法院第一审判决的, 有权在判决书送达之日起 15 日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的, 有权在裁定书送达之日起 10 日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的, 人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。

(8) 人民法院对上诉案件, 认为事实清楚的, 可以实行书面审理。审理上诉案件, 应当在收到上诉状之日起 2 个月内作出终审判决。有特殊情况需要延长的, 报经批准程序。

(五) 侵权赔偿

(1) 公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的, 有权请求赔偿。公民、法人或者其他组织单独就损害赔偿提出请求, 应当先由行政机关解决。若对行政机关的处理不服, 可以向人民法院提起诉讼。

(2) 行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的, 由该行政机关或者该行政机关工作人员所在的行政机关负责赔偿。行政机关赔偿损失后, 应当责令有故意或者重大过失的行政机关工作人员承担部分或者全部赔偿费用。

单元三 法律责任

一、法律责任的概念

法律责任是现实社会生活中和现行法律、法规中常用和必不可少的一个法律术语, 多见于一个法律规范性文件的后部。法律责任这一概念可以从正反两方面理解, 即积极意义(正面)的法律责任与消极意义(反面)的法律责任。积极意义的法律责任, 是指所有组织和个人都有遵守法律的义务, 即将法律责任与法律义务含义等同, 又称广义的法律责任。而现行立法所用的法律责任是一种消极意义的法律责任, 是指法律关系主体由于违反法定的义务而应承受的不利的法律后果, 又称狭义的法律责任。

狭义的法律责任与违法行为和法律制裁紧密相连, 三者保持着一定的逻辑关系。在违法行为与法律责任关系上, 违法行为是因, 法律责任是果; 在法律责任与法律制裁关系上, 法律责任是因, 法律制裁是果。

违法行为是指一切违反现行法律要求的或超出现行法律允许范围以外的危害社会的活动。违法也有广义和狭义的理解。广义的违法包括一般违法和犯罪；狭义的违法是指不构成犯罪的一般违法行为。

法律制裁是由特定国家机关对违法者依其所应负的法律 responsibility 而实施的强制性惩罚措施。法律制裁与法律 responsibility 有着密切的联系。法律制裁是承担法律 responsibility 的重要方式，法律 responsibility 是前提，法律制裁是结果或体现。法律制裁的目的，是强制责任主体承担否定的法律后果，惩罚违法者，恢复被侵害的权利和法律秩序。法律制裁与法律 responsibility 又有明显的区别，有法律 responsibility 不等于有法律制裁。当责任人主动履行了其应承担的法律 responsibility 时，就不存在法律制裁了，只有在特定国家机关凭借国家强制力追究违法者的法律 responsibility 时，才称为法律制裁。

违法行为、法律 responsibility、法律制裁三者中，违法行为是首要因素，它是法律 responsibility 和法律制裁的原因和前提。

二、违法的构成要素

法律 responsibility 的认定以违法行为和法律规定的 fact 为条件，以法律为根据。违法行为是引起法律 responsibility 的最常见、最主要的因素。判断一个行为是不是违法行为，可从违法行为的四个构成要件来分析。

（一）违法主体

违法主体是指实施了违法行为、侵犯了法律所保护的客体的人（包括自然人、法人和其他法律主体，下同）。按照法律规定，只有达到法定责任年龄、具有责任能力的自然人，以及法人和其他社会组织，才能构成违法主体。反过来说，未达到法定责任年龄的幼儿、少年以及不能理解和控制自己行为、缺乏责任能力的精神病患者，都不能构成违法主体。

（二）违法的主观方面

违法的主观方面是指实施违法行为的主体主观上必须有过错。

过错包括故意和过失。故意，是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，但却希望或者放任这种结果发生。过失，是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经有所预见而轻信能够避免，以致发生危害社会的结果。

行为人主观上无过错，即便在客观上有不符合法律要求造成损害后果的行为，也不能认定为违法。如由于不可抗力而行为、正当防卫、紧急避险等行为，都不构成违法。

（三）违法客体

违法客体是指为法律所保护而为违法行为所侵害的社会关系，如所有权关系、人身权关系等。任何违法行为都必须有被侵害了的客体，只有侵害了法律保护的社会关系才可能构成违法，如果一种社会关系不在法律保护的 range，对这种关系的侵害可能违反道德、纪律，但不构成违法行为。

（四）违法的客观方面

违法的客观方面是指具有一定社会危害性的违反现行法律规定的行为及其危害后果。其含义有三：①行为具有违法性，即行为违反了法律的规定，包括作为和不作为；②有危害社

会的结果；③行为与危害结果之间具有因果联系。

违法构成的四个要件是相互联系的统一整体。认定任何行为是否违法，必须从这四个方面作全面考察。缺少其中任何一个要件，都不能构成违法。

三、法律责任的种类

根据我国法律的有关规定，可将法律责任分为民事责任、行政责任和刑事责任三种，也有人将民事责任和行政责任中的经济内容部分称为经济责任。

（一）民事责任

民事责任是指由于民事违法、违约行为或根据法律规定所应承担的不利民事法律后果。根据《民法通则》的规定，承担民事责任的主要形式有以下十种。

（1）停止侵害。这种责任形式适用于侵权行为正在进行或仍在延续中，受害人可依法要求侵害人立即停止其侵害行为。

（2）排除妨碍。不法行为人实施的侵害行为使受害人无法行使或不能正常行使自己的财产权利、人身权利的，受害人有权请求排除妨碍。

（3）消除危险。行为人的行为对他人人身和财产安全造成威胁，或存在着侵害他人人身或者财产的可能的，他人有权要求行为人采取有效措施消除危险。

（4）返还财产。不法行为人非法占有财产，权利人有权要求其返还。

（5）恢复原状。恢复原状是指恢复权利被侵害前的原有状态。

（6）修理、重作、更换。修理、重作、更换是指将被损害的财产通过修理、重新制作或者更换损坏的部分，使财产恢复到原有正常状态。

（7）赔偿损失。赔偿损失是指行为人因违反合同或者侵权行为而给他人造成损害，应以其财产赔偿受害人所受的损失。

（8）支付违约金。支付违约金是指行为人因违反合同规定的义务，而应按照合同的约定，向权利人支付一定数额的货币作为违约的惩罚。

（9）消除影响、恢复名誉。消除影响、恢复名誉是指行为人因其侵害了公民或者法人的人格、名誉而应承担的，在影响所及的范围内消除不良后果、将受害人的名誉恢复到未受侵害时的状态。

（10）赔礼道歉。赔礼道歉是指违法行为人向受害人公开认错、表示歉意的责任形式。既可由加害人向受害人口头表示，也可由加害人以写道歉书的形式进行。

以上承担民事责任的方式，可以单独使用，也可以合并使用。人民法院审理民事案件，除使用上述责任方式外，还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。

（二）行政责任

行政责任是指违反法律法规规定的单位和个人所应承担的由国家行政机关或国家授权单位对其依行政程序所给予的制裁。行政责任包括行政处罚和行政处分。

1. 行政处罚

行政处罚是指行政主体对行政相对人违反行政法律规范尚未构成犯罪的行为所给予的法律制裁。行政处罚分为人身自由罚（行政拘留）、行为罚（责令停产停业、暂扣或者吊销许可

证和执照)、财产罚(罚款、没收财物)和声誉罚(警告)等多种形式。根据《行政处罚法》的规定,行政处罚的具体种类如下。

(1) 警告,这是行政主体对违法者实施的一种书面形式的谴责和告诫。

(2) 罚款,是指行政主体强制违法相对方承担金钱给付义务的处罚形式。

(3) 没收违法所得、没收非法财物,是由行政主体实施的将行政违法行为人的违法收入、物品或者其他非法占有的财物收归国家所有的处罚方式。

(4) 责令停产停业,是限制违法相对方从事生产、经营活动的处罚形式。一般常附有限期整顿的要求,如果受罚人在限期内纠正了违法行为,则可恢复生产、营业。

(5) 暂扣或者吊销许可证和执照,是禁止违法相对方从事某种特许权利或资格的处罚,行政主体依法暂扣或收回违法者已获得的从事某种活动的权利或资格的证书。吊销许可证、执照是对违法者从事某种活动或者其享有的某种资格的彻底取消;而暂扣许可证和执照,则是中止行为人从事某项活动的资格,待行为人改正以后或经过一定期限后,再发还。

(6) 行政拘留,是对违反治安管理的人,依法在短期内限制其人身自由的处罚。

(7) 法律、行政法规规定的其他行政处罚。

2. 行政处分

行政处分是指对违反法律规定的国家机关工作人员或被授权、委托的执法人员所实施的内部制裁措施。

根据《中华人民共和国公务员法》,对违法违纪应当承担纪律责任的公务员给予的行政处分种类有:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除六类。

【例 1-25】 下列各项中,属于行政责任的是()。

A. 停止侵害

B. 罚款

C. 返还财产

D. 支付违约金

【解析】 正确答案为 B。选项 A、C、D 均属于民事责任。

(三) 刑事责任

刑事责任是指触犯刑法的犯罪人所应承担的由国家审判机关(法院)给予的制裁后果,即刑罚。刑罚是法律责任中最严厉的责任形式。刑罚分为主刑和附加刑两类。

1. 主刑

主刑是对犯罪分子适用的主要刑罚方法,包括以下类型。

(1) 管制,是对犯罪分子不实行关押,但是限制其一定的自由,交由公安机关管束和监督的刑罚。期限为 3 个月以上 2 年以下。

(2) 拘役,是剥夺犯罪分子短期的人身自由的刑罚,由公安机关就近执行。期限为 1 个月以上 6 个月以下。

(3) 有期徒刑,是剥夺犯罪分子一定期限的人身自由,实行劳动改造的刑罚。期限为 6 个月以上 15 年以下。

(4) 无期徒刑,是剥夺犯罪分子终身自由,实行劳动改造的刑罚。

(5) 死刑,是剥夺犯罪分子生命的刑罚。

2. 附加刑

附加刑是补充、辅助主刑适用的刑罚方法。附加刑可以附加于主刑之后作为主刑的补充,同主刑一起使用,也可以独立使用,包括以下类型。

(1) 罚金, 是强制犯罪分子或者犯罪的单位向国家缴纳一定数额金钱的刑罚。

(2) 剥夺政治权利, 是剥夺犯罪分子参加国家管理和政治活动权利的刑罚。剥夺的具体政治权利是指: 选举权和被选举权; 言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利; 担任国家机关职务的权利; 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

(3) 没收财产, 是指没收犯罪分子个人所有财产的一部分或者全部, 强制无偿地收归国有的刑罚。

(4) 驱逐出境, 是强迫犯罪的外国人离开中国国(边)境的刑罚。

一人犯数罪的, 除判处死刑和无期徒刑的以外, 应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上, 酌情决定执行的刑罚, 但是管制最多不能超过 3 年, 拘役最多不能超过 1 年, 有期徒刑最多不能超过 20 年。如果数罪中有判处附加刑的, 附加刑仍须执行。

【例 1-26】 下列法律责任形式中, 属于刑事责任的有()。

A. 罚金 B. 罚款 C. 没收财产 D. 没收违法所得

【解析】 答案为 AC。罚款和没收违法所得为行政责任形式。

训练题

一、单项选择题

1. 下列关于法的本质与特征的表述中, 不正确的是()。

- A. 法是由国家制定或认可的规范
- B. 法是社会成员共同意志的体现
- C. 法由统治阶级的物质生活条件所决定
- D. 法凭借国家强制力的保证获得普遍遵行的效力

2. 下列对法所作的分类中, 以法的空间效力、时间效力或对人的效力进行分类的是()。

- A. 成文法和不成文法
- B. 根本法和普通法
- C. 一般法和特别法
- D. 实体法和程序法

3. 某企业对甲省乙市国税部门给予其行政处罚的决定不服, 申请行政复议。下列各项中, 应当受理该企业行政复议申请的机关是()。

- A. 乙市国税部门
- B. 乙市人民政府
- C. 甲省国税部门
- D. 甲省人民政府

4. 甲、乙因某不动产发生纠纷, 甲欲通过诉讼方式解决。其选择诉讼管辖法院的下列表述中, 符合法律规定的是()。

- A. 甲只能向甲住所地法院提起诉讼
- B. 甲只能向乙住所地法院提起诉讼
- C. 甲只能向该不动产所在地法院提起诉讼
- D. 甲可以选择向乙住所地或该不动产所在地法院提起诉讼

5. 下列法的形式中, 由全国人民代表大会及其常务委员会经一定立法程序制定颁布, 规定和调整国家、社会和公民生活中基本社会关系的是()。

- A. 宪法
- B. 法律
- C. 行政法规
- D. 行政规章

6. 甲、乙发生合同纠纷, 继而对双方事先签订的仲裁协议效力发生争议。甲提请丙仲裁委员会确认仲裁协议有效, 乙提请丁法院确认仲裁协议无效。关于确定该仲裁协议效力的下

列表述中,符合法律规定的是()。

- A. 应由丙仲裁委员会对仲裁协议的效力作出决定
- B. 应由丁法院对仲裁协议的效力作出裁定
- C. 应根据甲、乙提请确认仲裁协议效力的时间先后来确定由仲裁委员会决定或丁法院裁定
- D. 该仲裁协议自然失效

7. 下列各项中,不属于行政处罚的是()。

- A. 罚金
- B. 吊销许可证
- C. 警告
- D. 没收违法所得

8. 下列法的形式中,国务院制定颁布的规范性文件是()。

- A. 公司法
- B. 总会计师条例
- C. 合同法
- D. 会计人员工作规范

9. 根据民事法律制度的规定,对始终不知道自己权利受侵害的当事人,其最长诉讼时效期间是()。

- A. 2 年
- B. 5 年
- C. 20 年
- D. 30 年

10. 根据刑事法律制度的规定,下列各项中,属于拘役法定量刑期的是()。

- A. 15 天以下
- B. 1 个月以上 6 个月以下
- C. 3 个月以上 2 年以下
- D. 6 个月以上 15 年以下

二、多项选择题

1. 根据我国法律制度的规定,下列各项中,能够成为法律关系主体的有()。

- A. 自然人
- B. 商品
- C. 法人
- D. 行为

2. 关于民事诉讼与仲裁法律制度相关内容的下列表述中,正确的有()。

- A. 民事经济纠纷实行或裁或审制度
- B. 民事诉讼与仲裁均实行回避制度
- C. 民事诉讼实行两审终审制度,仲裁实行一裁终局制度
- D. 民事诉讼实行公开审判制度,仲裁不公开进行

3. 根据民事法律制度的规定,下列各项中,属于民事责任形式的有()。

- A. 返还财产
- B. 没收非法财产
- C. 赔偿损失
- D. 罚款

4. 关于法的本质与特征的下列表述中,正确的有()。

- A. 法由统治阶级的物质生活条件所决定
- B. 法体现的是统治阶级的整体意志和根本利益
- C. 法是由国家制定或认可的行为规范
- D. 法由国家强制力保障其实施

5. 下列各项中,可以成为我国经济法律关系客体的有()。

- A. 自然人
- B. 发明专利
- C. 劳务
- D. 物质资料

6. 下列争议解决方式中,适用于解决平等民事主体当事人之间发生的经济纠纷的有()。

- A. 仲裁
- B. 民事诉讼
- C. 行政复议
- D. 行政诉讼

7. 根据《行政复议法》的规定,下列各项中,属于行政复议范围的有()。

- A. 公民对行政机关作出限制其人身自由的行政强制措施决定不服的
- B. 企业对行政机关作出责令其停产停业的行政处罚决定不服的
- C. 社会团体对行政机关作出其有关资质证书中止的决定不服的

D. 行政机关工作人员对本单位给予其行政处分的决定不服的

8. 下列关于我国仲裁制度的表述中, 符合《仲裁法》规定的有 ()。

A. 仲裁庭作出的仲裁裁决为终局裁决

B. 当事人不服仲裁裁决可以向法院起诉

C. 当事人协议不开庭的, 仲裁可以不开庭进行

D. 仲裁的进行以双方当事人自愿达成的书面仲裁协议为条件

9. 甲、乙因合同纠纷申请仲裁, 仲裁庭对案件裁决未能形成一致意见, 关于该案件仲裁裁决的下列表述中, 符合法律规定的有 ()。

A. 应当按照多数仲裁员的意见作出裁决

B. 应当由仲裁庭达成一致意见作出裁决

C. 仲裁庭不能形成多数意见时, 按照首席仲裁员的意见作出裁决

D. 仲裁庭不能形成一致意见时, 提请仲裁委员会作出裁决

10. 下列案件中, 适用《民事诉讼法》的有 ()。

A. 公民名誉权纠纷案件

B. 企业与银行因票据纠纷提起诉讼的案件

C. 纳税人与税务机关因税收征纳争议提起诉讼的案件

D. 劳动者与用人单位因劳动合同纠纷提起诉讼的案件

三、判断题

1. 法律从本质上讲是统治阶级意志的体现, 与社会物质生活条件无关。()

2. 法律行为与法律事件都能引起法律关系发生、变更和消灭。()

3. 法律关系主体的权利与义务始终是对等的。()

4. 没有只享有权利不承担义务的主体, 也没有只承担义务不享有权利的主体。()

5. 人民法院受理案件后, 当事人一方即使提供仲裁协议也不能要求仲裁。()

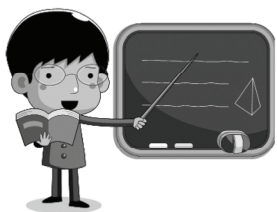
6. 法律责任形式包括民事责任、行政责任和刑事责任三种。()

7. 智力成果是无形的, 因此不能成为法律关系的客体。()

8. 当事人超过诉讼时效, 不但丧失胜诉权, 而且丧失实体权。()

9. 诉讼时效中断与诉讼时效中止都要重新计算诉讼时效。()

10. 刑罚的附加刑可以单独适用, 也可以附加在主刑上。()



模块二

公 司 法



知识目标

掌握有限责任公司、股份有限公司的设立和组织机构，公司债券的发行和转让，公司的财务会计制度；熟悉有限责任公司股权转让、股份有限公司股份发行与转让，公司的合并、分立、增资、减资、解散、清算；了解公司的概念及其分类，公司的登记管理。

技能目标

能够利用所学知识解决有限责任公司与股份有限公司有关的实际问题，能进行实际案例分析。

态度目标

培养现代企业治理的法律意识。



案例导读

2010年5月1日，甲、乙、丙、丁四公司经协商签订了一份协议，该协议约定：四方共同出资改造甲所属的电视机厂，并把厂名定为荣和有限责任公司。公司注册资本为4 200万元，其中：甲以厂房作价1 000万元，并以红星牌电视机商标作价200万元作为出资；乙以现金550万元，并以电视机生产技术作价450万元作为出资；丙、丁各以现金1 000万元作为出资。在协议生效后10日内四方资金必须到位，由甲负责办理公司登记手续。2010年5月5日，甲、丙、丁都按照协议约定办理了出资手续和财产转移手续，但乙提出，因资金困难，要求退出。甲、丙、丁均表示同意，并重新签订了一份协议，将公司注册资本改为3 200万元。2010年6月1日，经公司登记机关登记，荣和有限责任公司正式成立。2010年8月6日，丙提出自己的公司因技术改造缺少资金，要求抽回自己的出资，同时愿意赔偿其他股东的经济损失各50万元，荣和有限责任公司的股东会经研究后没有同意丙的要求。2010年11月12日，甲提出将自己所有的股权的1/3转让给戊公司。要求：根据以上事实，回答下列问题。

- (1) 甲、乙、丙、丁四公司协议约定的出资是否符合规定？请说明理由。
- (2) 对乙的退出行为，甲、丙、丁是否应当接受？请说明理由。
- (3) 对丙的要求，荣和有限责任公司股东会的决议是否正确？请说明理由。
- (4) 对甲的要求，应如何处理？

单元一 公司及公司法概述

一、公司的概念

根据我国《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的规定，公司是指依法设立的，以盈利为目的的，由股东投资形成的企业法人。

（一）依法设立

依法设立，是指公司必须依法定条件、法定程序设立。一方面，要求公司的章程、资本、组织机构、活动原则等必须合法；另一方面，要求公司设立必须经过法定程序，进行工商登记。公司通常依《公司法》设立，但还须依公司登记管理法定程序设立，特殊公司的设立还必须符合《商业银行法》、《保险法》、《证券法》等法律的规定。

（二）以盈利为目的

以盈利为目的，是指公司设立以经营并获取利润为目的，且股东出资设立公司的目的也是盈利，即从公司经营中取得利润。因此，营利目的不仅要求公司本身为盈利而活动，而且要求公司有利润时应当分配给股东。如果其经营利润不进行分配，而是用于社会公益等其他目的，则不属于以盈利为目的的公司性质。

（三）以股东投资行为为基础

根据《公司法》的规定，公司设立必须具备的法定条件之一是达到法定的注册资本，而注册资本来源于股东的投资，即由股东按法定和章程约定的出资方式及约定比例出资形成，因此没有股东的投资行为就不能设立公司。

（四）具有法人资格

公司是企业法人，应当符合《民法通则》规定的法人条件，主要是独立的法人财产和独立承担民事责任。《公司法》规定的有限责任公司和股份有限公司都具有法人资格，股东以其认缴的出资额或者认购的股份为限对公司承担有限责任，公司要以全部财产对公司的经营活动包括法定代表人、工作人员和代理人代表公司进行的经营所产生的债务承担责任。

二、公司的分类

按照法律的规定及学理的解释，可以对公司作出以下分类。

（一）按公司资本结构和股东对公司债务承担责任的方式划分

（1）有限责任公司，是指股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的公司。

（2）股份有限公司，是指将公司全部资本分为等额股份，股东以其认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的公司。

(3) 无限公司,是指由两个以上的股东组成,全体股东对公司的债务承担无限连带责任的公司。无限公司与合伙具有基本相同的法律属性,但不同的是有些国家规定无限公司具有法人资格。

(4) 两合公司,是指由负无限责任的股东和负有限责任的股东组成的公司。无限责任股东对公司债务负无限连带责任,有限责任股东仅就其认缴的出资额为限对公司债务承担责任,其中无限责任股东是公司的经营管理者,有限责任股东则是不参与经营管理的出资者。

我国《公司法》规定的公司形式仅为有限责任公司和股份有限公司。

(二) 按公司的信用基础划分

(1) 资合公司,是指以资本的结合作为信用基础的公司,其典型的形式为股份有限公司。

(2) 人合公司,是指以股东个人的财力、能力和信誉作为信用基础的公司,其典型的形式为无限公司。

(3) 资合兼人合的公司,是指同时以公司资本和股东个人信用作为公司信用基础的公司,其典型的形式为两合公司。

(三) 按公司组织关系划分

(1) 母公司和子公司。在不同公司之间基于股权而存在控制与依附关系时,因持有其他公司股权而处于控制地位的是母公司,因其股权被持有而处于依附地位的则是子公司。母子公司之间虽然存在控制与被控制的组织关系,但它们都具有法人资格,在法律上是彼此独立的企业。我国《公司法》规定,公司可以设立子公司,子公司具有法人资格,依法独立承担民事责任。

(2) 分公司和总公司。分公司是公司依法设立的以公司名义进行经营活动,其法律后果由本公司承担的分支机构。相对分公司而言,公司称为总公司或本公司。分公司没有独立的公司名称、章程,没有独立的财产,不具有法人资格,但可领取营业执照,进行经营活动,其民事责任由总公司承担。我国《公司法》规定,公司可以设立分公司,分公司不具有法人资格,其民事责任由公司承担。

三、公司的登记管理

公司登记是国家赋予公司法人资格与企业经营资格,并对公司的设立、变更、注销等加以规范、公示的法律行为。《公司法》规定,设立公司,应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合规定的设立条件的,由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司。公司经公司登记机关依法登记,领取《企业法人营业执照》,方取得企业法人资格。未经公司登记机关登记的,不得以公司名义从事经营活动。

(一) 登记管辖

我国的公司登记机关是工商行政管理机关。公司登记机关实行国家、省(自治区、直辖市)、市(县)三级管辖制度。

根据《公司登记管理条例》的规定,国家工商行政管理总局负责下列公司的登记:①国务院国有资产监督管理机构履行出资人职责的公司以及该公司投资设立并持有50%以上股份

的公司；②外商投资的公司；③依照法律、行政法规或者国务院决定的规定，应当由国家工商行政管理总局登记的公司；④国家工商行政管理总局规定应当由其登记的其他公司。

省（自治区、直辖市）工商行政管理局负责本辖区内下列公司的登记：①省（自治区、直辖市）人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的公司以及该公司投资设立并持有 50% 以上股份的公司；②省（自治区、直辖市）工商行政管理局规定由其登记的自然人投资设立的公司；③依照法律、行政法规或者国务院决定的规定，应当由省（自治区、直辖市）工商行政管理局登记的公司；④国家工商行政管理总局授权登记的其他公司。

设区的市（地区）工商行政管理局、县工商行政管理局，以及直辖市的工商行政管理分局、设区的市工商行政管理局的区分局，负责本辖区内下列公司的登记：①国家工商行政管理总局及省（自治区、直辖市）工商行政管理局负责登记公司以外的其他公司；②国家工商行政管理总局和省（自治区、直辖市）工商行政管理局授权登记的公司。但是，其中的股份有限公司由设区的市（地区）工商行政管理局负责登记。

（二）登记事项

根据《公司登记管理条例》的规定，公司的登记事项包括：名称、住所、法定代表人、注册资本、实收资本、公司类型、经营范围、营业期限、有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称，以及认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式。公司的登记事项应当符合法律、行政法规的规定。不符合法律、行政法规规定的，公司登记机关不予登记。

（1）名称。公司名称应当符合国家有关规定，并只能使用一个名称。有限责任公司必须在公司名称中标明“有限责任公司”或者“有限公司”字样；股份有限公司必须在公司名称中标明“股份有限公司”或者“股份公司”的字样。经公司登记机关核准登记的公司名称受法律保护。

（2）住所。住所是公司进行经营活动的场所，同时也是发生纠纷时确定诉讼及行政管辖的依据，是向公司送达文件的法定地址。公司的住所是公司主要办事机构所在地，经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。

（3）法定代表人。公司的法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任。

【例 2-1】 根据《公司法》的规定，规模较小、不设董事会的有限责任公司，其法定代表人为（ ）。

A. 总经理 B. 执行董事 C. 监事 D. 财务负责人

【解析】 正确答案为 AB。根据《公司法》的规定，公司的法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，故选项 A、B 正确。

（4）公司类型。公司登记的类型包括有限责任公司和股份有限公司。一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。

（5）经营范围。经营范围是股东选择的公司生产和经营的商品类别、品种服务项目。经营范围由公司章程规定，并应依法登记。公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目，应当依法经过批准。公司可以修改公司章程，改变经营范围，但是应当办理变更登记。

（6）股东出资。股东出资应当符合《公司法》的规定。股东以货币、实物、知识产权、土地使用权以外的其他财产出资的，其登记办法由国家工商行政管理总局会同国务院有关部

门规定。股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。公司的注册资本和实收资本应当以人民币表示，法律、行政法规另有规定的除外。

（三）设立登记

公司设立登记，是公司的设立人依照《公司法》规定的设立条件与程序向公司登记机关提出设立申请，并提交法定登记事项文件，公司登记机关审核后对符合法律规定的准予登记，并发给《企业法人营业执照》的活动。

1. 公司名称预先核准

设立公司应当申请名称预先核准。

设立有限责任公司的，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准；设立股份有限公司的，应当由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准。

预先核准的公司名称保留期为 6 个月。在保留期内预先核准的公司名称，不得用于从事经营活动，不得转让。

2. 公司的设立登记

（1）有限责任公司的设立登记。申请设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。设立国有独资公司，应当由国务院或者地方人民政府授权的本级人民政府国有资产监督管理机构作为申请人，申请设立登记。法律、行政法规或者国务院规定设立有限责任公司必须报经批准的，应当自批准之日起 90 日内向公司登记机关申请设立登记；逾期申请设立登记的，申请人应当报批准机关确认原批准文件的效力或者另行报批。

（2）股份有限公司的设立登记。设立股份有限公司，应当由董事会向公司登记机关申请设立登记。以募集方式设立股份有限公司的，应当于创立大会结束后 30 日内向公司登记机关申请设立登记，还应当提交创立大会的会议记录；而以募集方式设立股份有限公司公开发行股票，还应当提交国务院证券监督管理机构的核准文件。

依法设立的公司，由公司登记机关发给《企业法人营业执照》。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司凭公司登记机关核发的《企业法人营业执照》刻制印章，开立银行账户，申请纳税登记。

（四）变更登记

公司变更登记事项，应当向原公司登记机关申请办理变更登记。未经变更登记的，公司不得擅自改变登记事项。

1. 变更登记应提交的文件

公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交下列文件：①公司法定代表人签署的变更登记申请书；②依照《公司法》作出的变更决议或者决定；③国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。公司变更登记事项涉及修改公司章程的，应当提交由公司法定代表人签署的修改后的公司章程或者公司章程修正案。变更登记事项依照法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的，还应当向公司登记机关提交有关批准文件。

2. 变更登记的要求

（1）名称、法定代表人、经营范围变更登记，公司应当自变更决议或者决定作出之日起

30 日内申请变更登记。其中，变更经营范围涉及法律、行政法规规定或国务院决定规定在登记前须经批准的项目的，应当自国家有关部门批准之日起 30 日内申请变更登记。

(2) 注册资本变更登记。增加注册资本的，有限责任公司股东认缴新增资本的出资和股份有限公司的股东认购新股，应当分别按照《公司法》设立有限责任公司缴纳出资和设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。股份有限公司以公开发行新股方式或者上市公司以非公开发行新股方式增加注册资本的，还应当提交国务院证券监督管理机构的核准文件。公司法定公积金转增为注册资本的，验资证明应当载明留存的该项公积金不少于转增前公司注册资本的 25%；公司减少注册资本的，应当自公告之日起 45 日后申请变更登记，并应当提交公司在报纸上登载公司减少注册资本公告的有关证明和公司债务清偿或者债务担保情况的说明。公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。

(3) 公司变更实收资本的，应当提交依法设立的验资机构出具的验资证明，并应当按照公司章程载明的出资时间、出资方式缴纳出资。公司应当自足额缴纳出资或者股款之日起 30 日内申请变更登记。

(4) 股东变更登记。有限责任公司股东转让股权的，应当自转让股权之日起 30 日内申请变更登记，并应当提交新股东的主体资格证明或者自然人身份证明。有限责任公司的自然人死亡后，其合法继承人继承股东资格的，公司应当依照上述规定申请变更登记。

有限责任公司的股东或者股份有限公司的发起人改变姓名或者名称的，应当自改变姓名或者名称之日起 30 日内申请变更登记。

(5) 分公司变更登记。公司登记事项变更涉及分公司登记事项变更的，应当自公司变更登记之日起 30 日内申请分公司变更登记。

(6) 公司合并、分立的变更登记。因合并、分立而存续的公司，其登记事项发生变化的，应当申请变更登记；因合并、分立而解散的公司，应当申请注销登记；因合并、分立而新设立的公司，应当申请设立登记。

公司合并、分立的，应当自公告之日起 45 日后申请登记，提交合并协议和合并、分立决议或者决定以及公司在报纸上登载公司合并、分立公告的有关证明和债务清偿或者债务担保情况的说明。法律、行政法规或者国务院决定规定公司合并、分立必须报经批准的，还应当提交有关批准文件。

(五) 注销登记

根据《公司登记管理条例》的规定，有下列情形之一的，公司清算组应当自公司清算结束之日起 30 日内向原公司登记机关申请注销登记：①公司被依法宣告破产；②公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现，但公司通过修改公司章程而存续的除外；③股东会、股东大会决议解散或者一人有限责任公司的股东、外商投资的公司董事会决议解散；④依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；⑤人民法院依法予以解散；⑥法律、行政法规规定的其他解散情形。

经公司登记机关注销登记，公司终止。

(六) 分公司的登记

分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。分公司不具有企业法人资格。分公司的登记事项包括：名称、营业场所、负责人、经营范围。其中，分公司的名称应

当符合国家的有关规定；经营范围不得超出公司的经营范围。

公司设立分公司的，应当自决定作出之日起 30 日内向分公司所在地的公司登记机关申请登记；法律、行政法规或者国务院决定规定必须报经有关部门批准的，应当自批准之日起 30 日内向公司登记机关申请登记。

【例 2-2】 甲股份有限公司经营电子产品，因业务规模不断扩大，公司决定在上海、深圳两地设立分公司。该股份有限公司的下列做法中正确的有（ ）。

A. 向分公司所在地的公司登记机关申请登记，由公司登记机关核准登记，发给《营业执照》

B. 向公司所在地的公司登记机关申请法人登记，由公司登记机关核准登记，发给《营业执照》，取得法人资格

C. 分公司的经营范围与公司的经营范围一致，必须继续经营电子产品

D. 分公司的经营范围与公司的经营范围可以不一致，但必须向分公司登记机关备案

【解析】 正确答案为 AC。根据《公司法》的规定，公司设立分公司的，应当自决定作出之日起 30 日内向分公司所在地的公司登记机关申请登记，所以 A 正确，B 错误；分公司的经营范围不得超出公司的经营范围，所以 C 正确，D 错误。

分公司的公司登记机关准予登记的，发给《营业执照》。公司应当自分公司登记之日起 30 日内，持分公司的《营业执照》到公司登记机关办理备案。

分公司变更登记事项的，应当向公司登记机关申请变更登记。公司登记机关准予变更登记的，换发《营业执照》。

分公司被公司撤销、依法责令关闭、吊销营业执照的，公司应当自决定作出之日起 30 日内向该分公司的公司登记机关申请注销登记。申请注销登记应当提交公司法定代表人签署的注销登记申请书和分公司的《营业执照》。公司登记机关准予注销登记后，应当收缴分公司的《营业执照》。

（七）年度检验

公司登记机关于每年 3 月 1 日至 6 月 30 日对公司进行年度检验。

公司应当按照公司登记机关的要求，在规定的时间内接受年度检验，并提交年度检验报告书、年度资产负债表和损益表、《企业法人营业执照》副本。设立分公司的公司在其提交的年度检验材料中，应当明确反映分公司的有关情况，并提交《营业执照》的复印件。

公司登记机关应当根据公司提交的年度检验材料，对与公司登记事项有关的情况进行审查。公司应当向公司登记机关缴纳年度检验费。

（八）证照和档案管理

《企业法人营业执照》、《营业执照》分为正本和副本，正本和副本具有同等法律效力。《企业法人营业执照》正本或者《营业执照》正本应当置于公司住所或者分公司营业场所的醒目位置。公司可以根据业务需要向公司登记机关申请核发营业执照若干副本。

任何单位和个人不得伪造、涂改、出租、出借、转让营业执照。营业执照遗失或者毁坏的，公司应当在公司登记机关指定的报刊上声明作废，申请补领。公司登记机关依法作出变更登记、注销登记、撤销变更登记决定，公司拒不缴回或者无法缴回营业执照的，由公司登记机关公告营业执照作废。

公司登记机关对需要认定的营业执照，可以临时扣留，扣留期限不得超过 10 天。

借阅、抄录、携带、复制公司登记档案资料的，应当按照规定的权限和程序办理。任何单位和个人不得修改、涂抹、标注、损毁公司登记档案资料。

四、公司法的概念

公司法有广义和狭义之分，狭义的公司法是指《中华人民共和国公司法》（1993 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过；根据 1999 年 12 月 25 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第一次修正；根据 2004 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第二次修正；2005 年 10 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议修订，自 2006 年 1 月 1 日起施行）。广义的公司法是指规定公司的设立、组织、活动、解散及其他对内、对外关系的法律规范的总称，除包括《公司法》外，还包括其他法律、行政法规中有关公司的规定。

单元二 有限责任公司的设立及其组织机构

一、有限责任公司的设立

（一）有限责任公司设立的条件

根据《公司法》的规定，设立有限责任公司，应当具备下列条件。

1. 股东符合法定人数

《公司法》规定，有限责任公司由 50 个以下股东出资设立。《公司法》对有限责任公司股东人数没有规定下限，即有限责任公司股东人数可以为 1 个或 50 个以下股东，既可以是自然人，也可以是法人。

2. 股东出资达到注册资本最低限额

（1）注册资本最低限额。注册资本是指公司向公司登记机关依法登记的全体股本认缴出资额，即经登记公司登记确认的资本。注册资本最低限额是指国家规定的设立公司所需资本的最低要求。《公司法》规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额，最低限额为人民币 3 万元。法律、行政法规有较高规定的，从其规定。如《证券法》规定，设立综合类证券公司，注册资本最低限额为人民币 5 亿元；经纪类证券公司注册资本最低限额为人民币 5 000 万元。

（2）股东出资额和出资期限。《公司法》规定，有限责任公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的 20%，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起 2 年内缴足；其中，投资公司可以在 5 年内缴足。根据这一规定，股东在认缴全部出资后可以分期缴付出资。对于股东分期缴付出资的，应由公司章程作出具体、明确的规定。

（3）股东出资方式。股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。实物出资是指以房屋、机器设备、工具、原材料、零部件等有形资产的所

有权出资。知识产权出资是指以无形资产,包括著作权、专利权、商标权、非专利技术等所有出资。对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的 30%。

【例 2-3】 甲、乙、丙拟共同出资设立一家有限责任公司,并共同制定了公司章程草案。该公司章程草案有关要点如下:公司注册资本总额为 400 万元。甲以计算机软件作价出资 130 万元,公司成立后 1 年内交付;乙以机器设备作价出资 100 万元;丙以货币 170 万元出资,首次货币出资 50 万元,其余出资自公司成立之日起第 2 年缴付 70 万元,第 3 年缴付剩余的 50 万元。

要求:根据上述内容,回答下列问题。

- (1) 首次出资总额是否符合《公司法》的有关规定?并说明理由。
- (2) 公司出资人的货币出资总额是否符合《公司法》的有关规定?并说明理由。
- (3) 缴纳出资的时间是否符合《公司法》的有关规定?并说明理由。

【解析】 (1) 公司出资人的首次出资总额符合《公司法》的规定。根据《公司法》的规定,公司全体股东的首次出资总额不得低于注册资本的 20%,而公司出资人首次出资额合计为 150 万元,占到注册资本的 37.5%。

(2) 公司出资人的货币出资总额符合《公司法》的规定。根据《公司法》的规定,全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的 30%,公司出资人的货币出资金额合计为 170 万元,占到注册资本的 42.5%。

(3) 丙分期缴纳出资的时间不符合《公司法》的规定。根据《公司法》的规定,出资人在认缴全部出资后可以分期交付,除首次出资外,其余部分出资自公司成立之日起 2 年内缴足。

3. 股东共同制定公司章程

公司章程是记载公司组织、活动基本准则的公开性法律文件。设立有限责任公司必须由股东共同依法制定公司章程。股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

公司章程所记载的事项可以分为必备事项和任意事项。必备事项是法律规定的在公司章程中必须记载的事项,又称绝对必要事项;任意事项是由公司自行决定是否记载的事项,包括公司有自主决定权的一些事项。

根据《公司法》的规定,有限责任公司章程应当载明下列事项:①公司名称和住所;②公司经营范围;③公司注册资本;④股东的姓名或者名称;⑤股东的出资方式、出资额和出资时间;⑥公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;⑦公司法定代表人;⑧股东会会议认为需要规定的其他事项。

4. 设立公司名称和符合有限责任公司要求的组织机构

公司的名称是公司的标志。公司设立自己的名称时,必须符合法律、行政法规的规定,并应当经过公司登记管理机关进行预先核准登记。公司应当设立符合有限责任公司要求的组织机构,即股东会、董事会或者执行董事、监事会或者监事等。

5. 有公司住所

设立公司必须有住所。没有住所的公司,不得设立。公司以其主要办事机构所在地为住所。

（二）有限责任公司设立的程序

1. 订立公司章程

股东设立有限责任公司，必须先订立公司章程，将要设立的公司基本情况以及各方面的权利、义务加以明确规定。

2. 审批

法律、行政法规规定，设立公司必须报经批准的，应依法办理批准手续。

3. 股东缴纳出资并出具验资证明

股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入为设立有限责任公司而在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

股东缴纳出资后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。依法设立的会计师事务所等可以依法承担股东出资的验资工作。

4. 向公司登记机关申请设立登记

股东的首次出资经依法设立的验资机构验资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。公司经核准登记后，领取公司营业执照。

有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额，公司设立时的其他股东承担连带责任。

【例 2-4】 甲、乙、丙共同出资设立一家有限责任公司。其中，公司章程规定丙以房产出资 30 万元。公司成立后又吸收丁入股。后查明，丙作为出资的房产仅值 20 万元、丙现有可执行的个人财产 6 万元。下列处理方式中，符合《公司法》规定的是（ ）。

- A. 丙以现有可执行财产补交差额，不足部分由丙在 3 年内用公司分得的利润予以补足
- B. 丙以现有可执行财产补交差额，不足部分由甲、乙补足
- C. 丙以现有可执行财产补交差额，不足部分由甲、乙、丁补足
- D. 丙无须补交差额，甲、乙、丁都不承担补足出资的连带责任

【解析】 正确答案为 B。根据《公司法》的规定，有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额时，应当由交付该出资的股东补足其差额，公司设立时的其他股东承担连带责任。本例中，甲、乙作为公司设立时的股东，故丙以现有可执行财产补足差额后，不足的部分应由甲、乙补足。

有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。出资证明书是确认股东出资的凭证，应当载明下列事项：①公司名称；②公司成立日期；③公司注册资本；④股东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期；⑤出资证明书的编号和核发日期，出资证明书由公司盖章。

有限责任公司应当置备股东名册。股东名册是公司为记载股东情况及其资本事项而设置的簿册。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记；未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

二、有限责任公司的组织机构

（一）股东会

1. 股东会的职权

有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依法行使下列职权：①决定公司的经营方针和投资计划；②选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；③审议批准董事会的报告；④审议批准监事会或者监事的报告；⑤审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；⑥审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑦对公司增加或者减少注册资本作出决议；⑧对发行公司债券作出决议；⑨对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；⑩修改公司章程；⑪公司章程规定的其他职权。

2. 股东会的形式

股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议应当按照公司章程的规定按时召开。代表 1/10 以上表决权的股东，1/3 以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

3. 股东会的召开

首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持，依法行使职权。以后的股东会会议，公司设立董事会的，由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推荐一名董事主持。公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表 1/10 以上表决权的股东可以自行召集和主持。召开股东会会议，应当于会议召开 15 日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股东会应当将所议事项的决定做成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。

4. 股东会的决议

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。股东会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。

股东会会议作出修改公司章程、增加或减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。

【例 2-5】某有限责任公司由甲、乙、丙、丁四人出资设立，其中甲出资 10 万元、乙出资 20 万元、丙出资 60 万元、丁出资 10 万元。当股东会对与其他公司合并的议案表决时，下列情形不能通过的有（ ）。

- A. 甲、乙同意，丙、丁反对
- C. 甲、乙、丁同意，丙反对

- B. 甲、乙反对，丙、丁同意
- D. 乙、丙、丁反对，甲同意

【解析】 正确答案为 ACD。根据《公司法》的规定，股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。本题表决的议案属于特别决议，丙与丁合计占 70% 的表决权，大于 2/3，可以通过。

（二）董事会、经理

董事会是公司股东会的执行机构，对股东会负责。

1. 董事会的组成

有限责任公司设董事会（依法不设董事会的除外），其成员为3~13人。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资所设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中也可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事会设董事长1人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过3年。董事任期届满，连选可以连任。董事任期届满未及时改选，或者董事会在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

2. 董事会的职权

董事会对股东会负责，行使下列职权：①召集股东会会议，并向股东会报告工作；②执行股东会的决议；③决定公司的经营计划和投资方案；④制订公司的年度财务预算方案、决算方案；⑤制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑥制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；⑦制订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；⑧决定公司内部管理机构的设置；⑨决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；⑩制定公司的基本管理制度；⑪公司章程规定的其他职权。

3. 董事会的召开

董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

4. 董事会的决议

董事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。董事会应当将所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

董事会决议的表决，实行一人一票制。

5. 经理

有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。

经理对董事会负责，行使下列职权：①主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；②组织实施公司年度经营计划和投资方案；③拟订公司内部管理机构设置方案；④拟订公司的基本管理制度；⑤制定公司的具体规章；⑥提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；⑦决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；⑧董事会授予的其他职权。公司章程对经理职权另有规定的，从其规定。经理列席董事会会议。

有限责任公司股东人数较少或者规模较小的，可以设1名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。执行董事的职权由公司章程规定。

（三）监事会

监事会是公司的监督机构。

1. 监事会的组成

有限责任公司设立监事会，其成员不得少于 3 人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设 1~2 名监事，不设立监事会。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于 1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席 1 人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举 1 名监事召集和主持监事会会议。董事、高级管理人员不得兼任监事。

监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可以连任。监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务。

2. 监事会的职权

监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：①检查公司财务；②对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；③当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；④提议召开临时股东会会议，在董事会不履行《公司法》规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；⑤向股东会会议提出提案；⑥依照《公司法》的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；⑦公司章程规定的其他职权。

监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常时，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。

监事会、不设监事会的公司的监事行使职权所必需的费用，由公司承担。

3. 监事会的召开和决议

监事会每年度至少召开 1 次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当将所议事项的决定做成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

【例 2-6】 甲、乙两个国有企业出资设立丙有限责任公司。下列关于丙有限责任公司组织机构的表述中，不符合公司法律制度规定的是（ ）。

- A. 丙公司监事会成员中应当有公司股东代表
- B. 丙公司董事会成员中应当有公司职工代表
- C. 丙公司董事长须由国有监督管理机构从董事会成员中指定
- D. 丙公司监事会主席由全体监事过半数选举产生

【解析】 正确答案为 C。根据我国《公司法》的规定，监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，监事会设主席 1 人，由全体监事过半数的监事选举产生，因此选项 A、D 正确。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表，因此选项 B 正确。本题中的“丙”公司是一般有限责任公司，董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定，因此选项 C 错误。

三、一人有限责任公司

（一）一人有限责任公司的概念

一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

一人有限责任公司是独立的企业法人，具有完全的民事权利能力、民事行为能力和民事责任能力，是有限责任公司中的特殊类型。

（二）一人有限责任公司的特别规定

《公司法》规定，一人有限责任公司的设立和组织机构适用特别规定，没有特别规定的，适用有限责任公司的相关规定。这些特别规定，具体包括以下几个方面。

（1）一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币 10 万元，股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额，不允许分期缴付出资。

（2）一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司，该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

（3）一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。

（4）一人有限责任公司不设股东会。法律规定的股东会职权由股东行使，当股东行使相应职权作出决定时，应当采用书面形式，并由股东签字后置备于公司。

（5）一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。

（6）一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己财产的，应当对公司债务承担连带责任。

【例 2-7】 下列关于一人有限责任公司的表述中，符合《公司法》规定的有（ ）。

- A. 一人有限责任公司的注册资本最低限额为 10 万元
- B. 一人有限责任公司应当在公司登记中注明法人独资或自然人独资，并在公司营业执照中载明
- C. 一人有限责任公司的股东可以分期缴纳出资，首次出资额不得低于注册资本的 20%
- D. 一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计

【解析】 正确答案为 ABD。一人有限责任公司股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额，不允许分期缴付出资。因此选项 C 错误。

四、国有独资公司

（一）国有独资公司的概念

国有独资公司是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

（二）国有独资公司的特别规定

《公司法》规定，国有独资公司的设立和组织机构适用特别规定，没有特别规定的，适用有限责任公司的相关规定。这些特别规定，具体包括以下几个方面。

（1）国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。

（2）国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。上述所称重要的国有独资公司，按照国务院的规定确定。

（3）国有独资公司设立董事会，依照法律规定的有限责任公司董事会的职权和国有资产监督管理机构的授权行使职权。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事每届任期不得超过 3 年。董事会设董事长 1 人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。

（4）国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。国有独资公司经理的职权与一般有限责任公司经理的职权相同。经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理。

（5）国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

（6）国有独资公司设监事会，其成员不得少于 5 人，其中职工代表的比例不得低于 1/3，具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。

【例 2-8】 甲公司为国有独资公司，其董事会作出的下列决议中，符合《公司法》规定的是（ ）。

- A. 聘任张某为公司经理
- B. 增选王某为公司董事
- C. 批准董事林某兼任乙有限责任公司经理
- D. 决定发行公司债券 500 万元

【解析】 正确答案为 A。国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘，因此选项 A 正确。董事会成员由国有资产监督管理机构委派，但董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生，因此选项 B 错误。国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职，因此选项 C 错误。国有独资公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准，因此选项 D 错误。

单元三 有限责任公司的股权概述

一、股权

公司股东是持有公司股份或者出资的人，股东的股权是基于股东资格而享有的权利，股权亦即股东权。根据《公司法》的规定，公司股东依法享有资产受益、参与重大决策和选择管理者等权利。

（一）股权的分类

（1）以股权行使的目的是为股东个人利益还是涉及全体股东共同利益为标准，可以将股东权分为自益权和共益权。自益权是指股东仅以个人利益为目的而行使的权利，即依法从公司取得收益、财产或处分自己股权的权利，包括股利分配请求权、剩余财产分配权、新股认购优先权、股份质押权和股份转让权等。共益权是指股东依法参加公司事务的决策和经营管理的权利，它是股东基于公司利益同时兼为自己的利益而行使的权利，包括股东会或股东大会参加权、提案权、质询权，在股东会或股东大会的表决权、累积投票权，股东会或股东大会召集请求权和自行召集权，了解公司事务、查阅公司账簿和其他文件的知情权，提起诉讼权等权利。

（2）以股权行使的条件为标准划分，分为单独股东权和少数股东权。单独股东权是指每一单独股份均享有的权利，即只持有一股股份的股东也可单独行使的权利，如自益权、表决权等。少数股东权是指须单独或共同持有占股本总额一定比例以上股份方可行使的权利，如请求召开临时股东会或股东大会的权利等。

（二）股东滥用股权的责任

《公司法》规定，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。股东滥用股东权利应承担以下责任。

（1）公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应依法承担赔偿责任。

（2）公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

（3）《公司法》规定，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益，违反规定给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

二、有限责任公司股东股权的转让形式

有限责任公司股东转让股权，包括股东之间转让股权、股东向股东以外的人转让股权和人民法院强制转让股东股权几种类型。

（一）股东之间转让股权

《公司法》规定，有限责任公司的股东之间可以相互转让全部或者部分股权。《公司法》

对股东之间转让股权没有作任何限制。

（二）股东向股东以外的人转让股权

《公司法》规定，股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满 30 日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。但是，公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

【例 2-9】 甲、乙、丙共同出资设立了一家有限责任公司，一年后，甲拟将其在公司的全部出资转让给丁，乙、丙不同意，下列解决方案中，符合《公司法》规定的有（ ）。

- A. 由乙或丙购买甲拟转让给丁的出资
- B. 乙和丙共同购买甲拟转让给丁的出资
- C. 乙和丙均不愿意购买，甲无权将出资转让给丁
- D. 乙和丙均不愿意购买，甲有权将出资转让给丁

【解析】 正确答案为 ABD。根据《公司法》的规定，有限责任公司的股东向股东以外的人转让出资时，必须经全体股东过半数同意；其他股东半数以上不同意转让的，不同意转让的股东应当购买该转让的出资，如果不购买该转让的出资，视为同意转让。经股东同意转让的出资，在同等条件下，其他股东对该出资有优先购买权。

（三）人民法院强制转让股东股权

人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满 20 日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

有限责任公司股东转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需要再由股东会表决。

【例 2-10】 根据《公司法》的规定，有限责任公司的股东转让股权后，公司不必履行的程序是（ ）。

- A. 注销原股东的出资证明书
- B. 向新股东签发出资证明书
- C. 召开股东会作出修改公司章程中有关股东及其出资额记载的决议
- D. 相应修改公司股东名册中有关股东及其出资额的记载

【解析】 正确答案为 C。根据《公司法》的规定，有限责任公司股东转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载，对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

三、有限责任公司股东退出公司

（一）股东退出公司的法定条件

《公司法》规定，有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权，退出公司：①公司连续 5 年不向股东分配利润，而公司该 5 年连续盈利，并且符合《公司法》规定的分配利润条件的；②公司合并、分立或者转让其主要财产的；③公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

根据上述规定，股东退出公司应当满足两个条件：一是具备上述三种情形之一；二是对股东会上述事项决议投了反对票，投赞成票的股东就不能以上述事项为由，要求退出公司。

（二）股东退出公司的法定程序

1. 请求公司收购其股权

股东要求退出公司时，首先应当请求公司收购其股权。股东请求公司收购其股权时，其所要求的价格不应过高，而应当是合理的价格，这样才能既满足股东的要求，保护要求退出公司的股东的权益，又不损害公司和其他股东的权益。

2. 依法向人民法院提起诉讼

股东请求公司收购其股权，应当尽量通过协商的方式解决。但如果协商不成，根据《公司法》的规定，自股东会会议决议通过之日起 60 日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起 90 日内向人民法院提起诉讼，由人民法院对股权收购事项依法作出裁决。

【例 2-11】 根据《公司法》的规定，对有限责任公司股东会的有关决议投反对票的股东，可以请求公司按照合理的价格收购其股权。下列各项中，属于该有关决议的有（ ）。

- A. 公司合并的决议
- B. 公司分立的决议
- C. 公司转让主要财产的决议
- D. 公司增加注册资本的决议

【解析】 正确答案为 ABC。有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权，退出公司：①公司连续 5 年不向股东分配利润，而公司该 5 年连续盈利，并且符合《公司法》规定的分配利润条件的；②公司合并、分立或者转让主要财产的；③公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

单元四 股份有限公司的设立及其组织机构

一、股份有限公司的设立

（一）股份有限公司的设立方式

股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。

(1) 发起设立,是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司,在其发行新股之前,其全部股份都由发起人持有,公司的全部股东都是设立公司的发起人。

(2) 募集设立,是指由发起人认购公司应发行股份的一部分,其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。以募集设立方式设立股份有限公司的,在公司设立时,认购公司应发行股份的人不仅有发起人,还有发起人以外的人。

(二) 股份有限公司的设立条件

《公司法》规定,设立股份有限公司,应当具备下列条件。

1. 发起人符合法定条件

(1) 发起人是指依法筹办创立股份有限公司事务的人。发起人既可以是自然人,也可以是法人;既可以是中国公民,也可以是外国公民。

(2) 设立股份有限公司,应当有 2 人以上 200 人以下作为发起人,其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

(3) 股份有限公司发起人承担公司筹办事务。发起人应当签订发起人协议,明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

2. 发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额

(1) 法定资本最低限额,是指法律规定的股份有限公司注册资本的最低数额。《公司法》规定,股份有限公司注册资本的最低限额为人民币 500 万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的,从其规定。

① 股份有限公司采取发起设立方式设立的,注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的 20%,其余部分由发起人自公司成立之日起 2 年内缴足;其中,投资公司可以在 5 年内缴足。在缴足前,不得向他人募集股份。

② 股份有限公司采取募集方式设立的,注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额,即公司的注册资本为公司实际收到作为公司股本的财产总额,已由股东认购但实际并未缴纳的部分,不得计入公司的注册资本额中。

(2) 发起人可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的,从其规定。全体发起人的货币出资金额不得低于股份有限公司注册资本的 30%。

3. 股份发行、筹办事项符合法律规定

发起人为了设立股份有限公司而发行股份时,以及在进行其他的筹办事项时,都必须符合法律规定的条件和程序,不得有所违反。如向社会公开募集股份,应当依法报国务院证券监督管理机构核准,并公告招股说明书、认股书;应当同依法设立的证券公司签订承销协议,通过证券公司承销其发行的股份;应当在法定的期限内召开创立大会,依法决定有关事项;应当在法定的期限内依法向公司登记机关申请设立登记,等等。

4. 发起人制订公司章程,采用募集方式设立的须经创立大会通过

股份有限公司的章程是指记载有关公司组织和行动基本规则的文件。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。设立公司必须依法制订章程。

(1) 对于以发起设立方式设立的股份有限公司，由全体发起人共同制订公司章程。

(2) 对于以募集设立方式设立的股份有限公司，发起人制订的公司章程，还应当经由其认股人参加的创立大会通过，以出席会议的认股人所持表决权的半数以上通过，方为有效。

5. 有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构

6. 有公司住所

(三) 股份有限公司的设立程序

1. 发起设立方式设立股份有限公司的程序

(1) 发起人书面认足公司章程规定其认购的股份。

(2) 缴纳出资。发起人以书面认足公司章程规定其认购的股份后，对于公司章程规定一次缴纳的，应即缴纳全部出资；对于公司章程规定分期缴纳的，应即缴纳首期出资。发起人不是以货币出资，而是以实物、知识产权、土地使用权等非货币财产出资的，则应当依法进行评估作价，核实财产，在此基础上，依法办理其财产权的转移手续。发起人不按照规定缴纳出资的，应当按照发起人协议的约定承担违约责任。

(3) 选举董事会和监事会。发起人首次缴纳出资后，应当选举董事会和监事会，建立公司的组织机构。

(4) 申请设立登记。发起人在选举董事会和监事会后，董事会应当向公司登记机关报送公司章程、由依法设立的验资机构出具的验资证明以及法律、行政法规规定的其他文件，申请设立登记。一旦公司登记机关予以登记，发给公司营业执照，公司即告成立。

2. 募集设立方式设立股份有限公司的程序

(1) 发起人认购股份。发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%；但是法律、行政法规另有规定的，从其规定。

(2) 向社会公开募集股份。发起人向社会公开募集股份，必须公告招股说明书，并制作认股书。认股书由认股人填写认股股数、金额、住所，并签名、盖章。认股人按照所认购股数缴纳股款。

(3) 召开创立大会。发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。发起人应当在股款缴足之日起 30 日内主持召开公司创立大会，创立大会由发起人、认股人组成。

① 发起人应当在创立大会召开 15 日前将会议日期通知各认股人或者予以公告。创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席，方可举行。

② 创立大会行使下列职权：审议发起人关于公司筹办情况的报告；通过公司章程；选举董事会成员；选举监事会成员；对公司的设立费用进行审核；对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以作出不设立公司的决议。创立大会对上述所列事项作出决议，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。

③ 发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在 30 日内未召开创立大会的，或创立大会作出不设立公司决议的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还。发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除上述情形外不得抽回其股本。

(4) 申请设立登记。董事会应于创立大会结束后 30 日内，向公司登记机关申请设立登记。

公司登记机关依法核准登记后，应当发给公司企业法人营业执照。自公司企业法人营业执照签发之日起，公司即告成立。

① 股份有限公司成立后，发起人未按照公司章程的规定缴足出资的，应当补缴；其他发起人承担连带责任。

② 股份有限公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的发起人补足其差额；其他发起人承担连带责任。

③ 股份有限公司应当将公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议记录、监事会会议记录、财务会计报告置备于本公司，供股东查阅。

【例 2-12】 下列各项中，符合《公司法》关于股份有限公司设立规定的是（ ）。

- A. 甲公司注册资本拟为人民币 300 万元
- B. 乙公司由一名发起人认购公司股份总额的 35%，其余股份拟全部向特定对象募集
- C. 丙公司的全部 5 名发起人均为外国人，其中 3 人长期定居北京
- D. 丁公司采用募集方式设立，发起人认购的股份分期缴纳，拟在公司成立之日起 2 年内缴足

【解析】 正确答案为 C。根据规定，股份有限公司注册资本最低限额为人民币 500 万元，因此选项 A 错误；根据规定，股份有限公司的发起人为 2~200 人，因此选项 B 错误；募集设立的股份有限公司注册资本为实收股本总额，不得分期出资，因此选项 D 错误。

二、股份有限公司的组织机构

股份有限公司的组织机构由股东大会、董事会、经理、监事会等组成。

（一）股东大会

1. 股东大会的性质和组成

股份有限公司的股东大会是公司的权力机构，依法行使职权。股份有限公司的股东大会由全体股东组成，公司的任何一个股东，无论其所持股份有多少，都是股东大会的成员。

2. 股东大会的职权

股份有限公司股东大会的职权与有限责任公司股东会的职权的规定基本相同。

此外，根据中国证券监督管理委员会发布的《上市公司章程指引》的规定，上市公司的股东大会还有权对公司聘用、解聘会计师事务所作出决议；审议代表公司发行在外有表决权股份总数的 5%以上的股东的提案；审议法律、法规和公司章程规定应当由股东大会决定的其他事项。

3. 股东大会的形式

股份有限公司的股东大会分为年会和临时股东大会两种。

（1）年会是指依照法律和公司章程的规定每年按时召开的股东大会。《公司法》规定，股东大会应当每年召开 1 次年会。

（2）临时股东大会是指股份有限公司在出现召开临时股东大会的法定事由时，应当在法定期限 2 个月内召开的股东大会。《公司法》规定，有下列情形之一的，应当在 2 个月内召开临时股东大会：①董事人数不足《公司法》规定人数或者公司章程所定人数的 2/3 时；②公司未弥补的亏损达实收股本总额的 1/3 时；③单独或者合计持有公司 10%以上股份的股东请求时；

④董事会认为必要时；⑤监事会提议召开时；⑥公司章程规定的其他情形。

4. 股东大会的召开

股东大会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续 90 日以上单独或者合计持有公司 10%以上股份的股东可以自行召集和主持。

召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开 20 日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开 15 日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开 30 日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

【例 2-13】 某股份有限公司的股份共有 10 000 股。股东甲发现公司经理滥用职权，给公司造成了损失，甲先后分别向董事会和监事会反映，要求召开股东大会，一直没有得到答复。下列说法正确的有（ ）。

- A. 甲持有公司股份 1 500 股，甲可以自行召集和主持股东大会
- B. 甲原持有公司股份 1 500 股，后卖出其中的 1 000 股，甲可以自行召集和主持股东大会
- C. 甲持有公司股份 800 股，甲可以自行召集和主持股东大会
- D. 甲持有公司股份 800 股，甲可以联合持有公司股份 500 股的乙自行召集和主持股东大会

【解析】 正确答案为 AD。根据《公司法》的规定，董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续 90 日以上单独或者合计持有公司 10%以上股份的股东可以自行召集和主持。

5. 股东大会的决议

股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。股东可以委托代理人出席股东大会会议，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。公司持有的本公司股份没有表决权。

股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是，股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

《公司法》和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的，董事会应当及时召集股东大会会议，由股东大会就上述事项进行表决。股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。

（二）董事会、经理

1. 董事会的性质和组成

股份有限公司的董事会是股东大会的执行机构，对股东大会负责。

股份有限公司设董事会，其成员为 5~19 人。董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

股份有限公司的董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过 3 年。董事任期届满，连选可以连任。

2. 董事会的职权

股份有限公司董事会的职权与有限责任公司董事会的职权的规定基本相同。

3. 董事会的召开

董事会设董事长 1 人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事履行职务。

董事会每年度至少召开 2 次会议，每次会议应当于会议召开 10 日前通知全体董事和监事。代表 1/10 以上表决权的股东、1/3 以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后 10 日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

4. 董事会的决议

董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，实行一人一票，即每个董事只能享有一票表决权。

董事会会议，应由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围。董事会应当将会议所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

【例 2-14】 某上市公司董事会成员共 9 名，监事会成员共 3 名。下列关于该公司董事会召开的情形中，符合公司法律制度规定的是（ ）。

- A. 经 2 名董事提议可召开董事会临时会议
- B. 公司董事长、副董事长不能履行职务时，可由 4 名董事共同推举 1 名董事履行职务
- C. 经 2 名监事提议可召开董事会临时会议
- D. 董事会每年召开 2 次会议，并在会议召开 10 日前通知全体董事和监事

【解析】 正确答案为 D。根据规定，代表 1/10 以上表决权的股东、1/3 以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后 10 日内，召集和主持董事会会议；因此选项 A、C 表述错误。根据规定，董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况；副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事履行职务；因此选项 B 表述错误。

【例 2-15】 某股份有限公司于 2006 年 3 月 28 日召开董事会会议，该次会议的召开情况及讨论的有关问题如下。

1. 公司董事会由 7 名董事组成。出席该次会议的董事有董事王某、张某、李某、陈某；董事何某、孙某、肖某因事不能出席会议，其中：孙某电话委托董事王某代为出席会议并表决，肖某委托董事会秘书杨某代为出席会议并表决。

2. 根据总经理提名，出席本次会议的董事讨论并一致同意，聘任顾某为公司财务负责人，并决定给予顾某年薪 10 万元；董事会会议讨论通过了公司内部机构设置方案，表决时，董事张某反对，其他董事表示同意。

3. 该次董事会会议记录，由出席董事会会议的全体董事和列席会议的监事签名后存档。

要求：（1）根据本题 1 所述内容，出席该次董事会会议的董事人数是否符合规定？董事

孙某、肖某委托他人出席该次董事会会议是否有效？请分别说明理由。

(2) 根据本题 2 所述内容，董事会通过的两项决议是否符合规定？请分别说明理由。

(3) 指出本题 3 所述内容中的不规范之处，并说明理由。

【解析】 (1) 出席该次董事会会议的董事人数符合规定。根据《公司法》的规定，董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。

董事孙某电话委托董事王某代为出席会议并表决不符合规定。根据《公司法》的规定，董事因故不能出席董事会会议时，可以书面委托其他董事代为出席。

董事肖某委托董事会秘书杨某代为出席会议并表决不符合规定。根据《公司法》的规定，董事因故不能出席董事会会议时，只能委托其他董事出席，而不能委托董事之外的人代为出席。

(2) 首先，出席本次董事会会议的董事讨论并一致通过的聘任财务负责人并决定其报酬的决议符合规定。根据《公司法》的规定，该事项属于董事会职权范围。其次，批准公司内部机构设置方案不符合规定。根据《公司法》的规定，董事会作出决议必须经全体董事的过半数通过。公司董事由 7 人组成，董事张某反对，何某未出席，孙某、肖某委托不合法，实际只有 3 名董事同意，未达到全体董事的过半数。

(3) 该次会议记录无须列席会议的监事签名。根据《公司法》的规定，董事会应当将会议所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

5. 经理

股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。股份有限公司经理的职权与有限责任公司经理的职权的规定基本相同。公司董事会可以决定由董事会成员兼任公司经理。

(三) 监事会

股份有限公司依法应当设立监事会，监事会为公司的监督机构。

1. 监事会的组成

股份有限公司监事会成员不得少于 3 人，应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于 1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席 1 人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举 1 名监事召集和主持监事会会议。董事、高级管理人员不得兼任监事。

监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可以连任。

2. 监事会的职权

股份有限公司监事会的职权与有限责任公司监事会的职权的规定基本相同。

监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

3. 监事会的召开和决议

监事会每 6 个月至少召开 1 次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。监事会应当将所议事项的决定做成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

三、上市公司组织机构的特别规定

上市公司，是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。《公司法》对上市公司组织及活动原则的特别规定，主要包括以下几个方面。

（一）增加股东大会特别决议事项

上市公司在 1 年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额 30% 的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

（二）上市公司设立独立董事

独立董事，是指既不是公司股东，又不在公司担任除董事外的其他职务，并与其受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。

独立董事除了应履行董事的一般职责外，主要职责在于对控股股东及其选任的上市公司的董事、高级管理人员，以及其与公司进行的关联交易等进行监督。另外，还应行使下列职权：对公司关联交易、聘用或者解聘会计师事务所等重大事项进行审核并发表独立意见；就上市公司董事、高级管理人员的提名、任免、报酬、考核事项以及其认为可能损害中小股东权益的事项发表独立意见。独立董事发表的独立意见应当做成记录，并经独立董事书面签字确认。股东有权查阅独立董事发表的独立意见。

（三）上市公司设立董事会秘书

董事会秘书，是指掌管董事会文件并协助董事会成员处理日常事务的人员。董事会秘书是董事会设置的服务席位，既不能代表董事会，也不能代表董事长。上市公司董事会秘书是公司的高级管理人员，承担法律、行政法规以及公司章程对公司高级管理人员所要求的义务，享有相应的工作职权，获得相应的报酬。

上市公司设立董事会秘书，负责公司股东大会和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股权管理，办理信息披露事务等事宜。

（四）增设关联关系董事的表决权排除制度

上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议有过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足 3 人的，应将该事项提交上市公司股东大会审议。这里所称关联关系，是指上市公司的董事与董事会决议事项所涉及的企业之间存在直接或者间接的利益关系。

【例 2-16】 某上市公司董事会成员有 11 人，根据公司章程的规定对与其甲股东签订重要采购合同的事宜召开临时董事会会议，其中张董事是甲股东的公司董事长，李董事、刘董事因故没有参加会议，表决时有 3 个董事不同意。下列关于该次决议的表述中，正确的有（ ）。

- A. 该董事会会议有过半数的无关联关系董事出席，因此可以举行
- B. 该董事会会议决议经参加会议的无关联关系董事半数以上通过，有效
- C. 该董事会会议决议未经无关联关系董事过半数通过，无效
- D. 该董事会会议决议经全体董事过半数以上通过，有效

【解析】 正确答案为 AC。根据我国《公司法》的规定，上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，因此，能够行使表决权的董事只有 10 人。该董事会会议有过半数的无关联关系董事出席即可举行，本公司有无关联关系董事 8 人参加，已过半数。董事会会议所作决议须无关联关系董事（10 人）过半数通过，即至少应当经无关联关系董事 6 人同意，但决议只有 5 人同意，因此不通过，无效。

单元五 股份有限公司的股份发行和转让

一、股份发行

（一）股份和股票的概念

1. 股份的概念

股份是指将股份有限公司的注册资本按相同的金额或比例划分为相等的份额。

（1）股份作为代表公司资本的一部分，是公司资本的最小划分单位，股东根据其出资额度计算出其持有的股份数量，所有股东持有的股份加起来所代表的资本数额即为公司的资本总额。

（2）股份有限公司的股份具有平等性，公司每股金额相等，所表现出的股东权利和义务是相等的。

2. 股票的概念

股票是指公司签发的证明股东所持股份的凭证，是股份的表现形式。股票具有以下性质。

（1）股票是有价证券。股票是一种具有财产价值的证券，股票记载着股票种类、票面金额及代表的股份数，反映着股票的持有人对公司的权利。

（2）股票是证权证券。股票表现的是股东的权利，任何人只要合法占有股票，其就可以依法向公司行使权利，而且公司股票发生转移时，公司股东的权益也即随之转移。

（3）股票是要式证券。股票应当采取纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式，其记载的内容和事项应当符合法律的规定。

（4）股票是流通证券。股票可以在证券交易市场依法进行交易。

（二）股票的种类

依据不同的标准，可以将股票分为以下几类。

1. 普通股和优先股

这是按照股东权利、义务的不同进行的分类。

（1）普通股是指享有普通权利、承担普通义务的股份，是股份的最基本形式。依照规定，普通股股东享有决策参与权、利润分配权、优先认股权和剩余资产分配权。

（2）优先股是指享有优先权的股份。公司对优先股的股利须按约定的股利率支付，不受公司盈利大小的影响，当年可供分配股利的利润不足以按约定的股利率支付优先股利的，由以后年度可供分配股利的利润补足。在公司进行清算时，优先股股东先于普通股股东取得公司剩余财产。但是，优先股股东不参与公司决策，不参与公司红利分配。实践中，发行优先股的公司很少。

2. 国有股、发起人股和社会公众股

这是按照投资主体性质的不同进行的分类。

(1) 国有股包括国家股和国有法人股。国家股是指有权代表国家投资的政府部门或机构以国有资产投入公司形成的股份或依法定程序取得的股份。国有法人股是指具有法人资格的国有企业、事业及其他单位以其依法占用的法人资产向独立于自己的股份公司出资形成或依法定程序取得的股份。

(2) 发起人股是指股份有限公司的发起人认购的股份。

(3) 社会公众股是指个人和机构以合法财产购买并可依法流通的股份。

3. 记名股票和无记名股票

这是按照票面上是否记载股东的姓名或名称进行的分类。

(1) 记名股票是指在票面上记载股东姓名或名称的股票。我国《公司法》规定，公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名，不得另立户名或者以代表人姓名记名。

(2) 无记名股票是指在票面上不记载股东姓名或名称的股票。我国《公司法》规定，发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号及发行日期。

除上述分类以外，我国的股票还可根据发行对象的不同分为 A 股、B 股、H 股等；按股东有无表决权分为表决权股和无表决权股等。

(三) 股份发行的概念和原则

股份发行是指股份有限公司为了筹集公司资本而出售和分配股份的法律行为。

《公司法》规定：“股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。同次发行的同种类股票，每股的发行条件和价格应当相同；任何单位或者个人所认购的股份，每股应当支付相同价额。”据此，股份发行应当遵循下列原则。

1. 公平、公正的原则

所谓公平，首先是指发行的股份所代表权利的公平，即在同一次发行中的同一种股份应当具有同等的权利，享有同等的利益，同类股份必须同股同权、同股同利；其次是指股份发行条件的公平，即在同次股份发行中，相同种类的股份，每股的发行条件和发行价格应当相同。

所谓公正，是指在股份的发行过程中，应保持公正性，不允许任何人通过内幕交易、价格操纵、价格欺诈等不正当行为获得超过其他人的利益。

2. 同股同价原则

同股同价，是指同次发行的同种类股票，每股的发行条件和价格应当是相同的，任何单位或者个人所认购的股份，每股应当支付相同的价额，对于同一种类的股票不允许针对不同的投资主体规定不同的发行条件和发行价格。这是股权平等原则在股份发行中的具体体现。

(四) 股票的发行价格

股票的发行价格是指股票发行时所使用的价格，也是投资者认购股票时所支付的价格。股票的发行价格可以分为平价发行的价格和溢价发行的价格。平价发行是指股票的发行价格与股票的票面金额相同，又称等价发行、券面发行。溢价发行是指股票的实际发行价格超过其票面金额。

《公司法》规定，股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。因为，低于票面金额发行股票，违背资本充实原则，使股票发行募集的资金低于公司相应的注册资本数额。

（五）公司发行新股

发行新股是指股份有限公司成立后再向社会募集股份的法律行为。股份有限公司发行新股是股份有限公司向社会募集股份，增加公司注册资本的行为。

公司发行新股，股东大会应当对下列事项作出决议：①新股种类及数额；②新股发行价格；③新股发行的起止日期；④向原有股东发行新股的种类及数额。

公司经国务院证券监督管理机构核准公开发行新股时，必须公告新股招股说明书和财务会计报告，并制作认股书。公司公开发行新股应当由依法设立的证券公司承销，签订承销协议，并同银行签订代收股款协议。公司发行新股，可以根据公司经营情况和财务状况，确定其作价方案。公司发行新股募足股款后，必须向公司登记机关办理变更登记，并公告。

二、股份转让#

（一）股份转让的概念及特点

股份转让，是指股份有限公司的股份持有人依法自愿将自己所拥有的股份转让给他人，使他人取得股份成为股东或增加股份数额的法律行为。

股份转让具有以下特点。

（1）股份转让在公司法中特指股份有限公司的股份转让。《公司法》将有限责任公司股东转让出资的行为称为股权转让（又称出资的转让）。

（2）股份转让须依法进行。所谓依法转让，是指股份持有人在转让自己的股份时按照《公司法》和有关法律、行政法规的规定将自己的股份转让给他人，如上市公司上市交易的股票必须在法定的证券交易所进行转让等。

（3）股份转让属于相对自由的转让。在股份转让中，只要股东转让行为符合法定要求，其他人就无权干涉股份持有人转让自己的股份。

（4）股份转让在特定情况下受到一定限制。如公司的发起人、董事、监事、高级管理人员所持股份的转让要受到一定限制等。

（5）股份转让以股票转让的形式出现。股份的转让，是通过股票的转让来完成的，是以股票的形式出现的。由于股票分为记名股票和无记名股票，因此，股份转让也分为记名股份的转让和无记名股份的转让。

（6）股份转让是一种法律行为。股份转让人和受让人的行为必须符合法律、行政法规规定的要求。

（二）股份转让的法律规定

《公司法》对股份有限公司的股份转让作出了具体的规定，主要包括以下内容。

1. 股份转让的地点

股东持有的股份可以依法转让。股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易所进行或

者按照国务院规定的其他方式进行。

2. 股份转让的方式

记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让，转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。股东大会召开前 20 日内或者公司决定分配股利的基准日前 5 日内，不得进行上述规定的股东名册的变更登记。但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。无记名股票的转让，由股东将该股票交付受让人后即发生转让的效力。

3. 股份转让的限制

(1) 对发起人转让股份的限制：发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起 1 年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起 1 年内不得转让。

(2) 对公司董事、监事、高级管理人员转让股份的限制：公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的 25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起 1 年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股票。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

【例 2-17】 下列关于股份有限公司股份转让限制的表述中，符合《公司法》规定的有（ ）。

- A. 公司发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起 1 年内不得转让
- B. 公司董事持有的本公司股份，自公司股票上市交易之日起 1 年内不得转让
- C. 公司监事离职后 1 年内，不得转让其所持有的本公司股份
- D. 公司经理在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的 25%

【解析】 正确答案为 ABD。董事、监事、高级管理人员“离职后半年内”，不得转让其所持有的本公司股份。因此选项 C 错误。

4. 公司不得收购本公司股份

公司不得收购本公司股份，但是，有下列情形之一的除外：①减少公司注册资本；②与持有本公司股份的其他公司合并；③将股份奖励给本公司职工；④股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。

公司因上述第①～③项的原因收购本公司股份的，应当经股东大会决议。公司依照上述规定收购本公司股份后，属于第①项情形的，应当自收购之日起 10 日内注销；属于第②项、第④项情形的，应当在 6 个月内转让或者注销。公司依照上述第③项规定收购的本公司股份，不得超过本公司已发行股份总额的 5%；用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出；所收购的股份应当在 1 年内转让给职工。

5. 公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的

这主要是为了防止变相违规收购本公司股份。

【例 2-18】 甲公司为股份有限公司。根据《公司法》的规定，下列各项中，属于甲公司可以收购本公司股份的情形有（ ）。

- A. 甲公司减少注册资本
- B. 甲公司与持有本公司股份的其他公司合并
- C. 甲公司将股份奖励给本公司职工

D. 甲公司接受本公司的股票作为质押权的标的

【解析】 正确答案为 ABC。公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。因此选项 D 错误。

【例 2-19】 2012 年 5 月 15 日, 某股份有限公司依股东大会决议收购了本公司部分股份用于奖励公司职工。该公司现有已发行股份总额 8 000 万股。下列关于该公司收购本公司部分股份奖励职工的表述中, 符合我国《公司法》规定的是 ()。

A. 公司可以收购的本公司股份不得超过 400 万股

B. 公司可以收购的本公司股份不得超过 800 万股

C. 公司用于收购本公司股份的资金可以从公司的税前利润中支出

D. 公司收购的本公司股份应在 2014 年 5 月 15 日之前转让给职工

【解析】 正确答案为 A。根据规定, 公司将股份奖励给本公司职工而收购的本公司股份, 不得超过本公司已发行股份总额的 5%。本例题中, 该公司已发行股份总额为 8 000 万股, 则公司将股份奖励给本公司职工而收购的本公司股份不得超过 400 ($8\,000 \times 5\% = 400$) 万股。

6. 记名股票被盗、遗失或者灭失

记名股票被盗、遗失或者灭失股东可以依照《民事诉讼法》规定的公示催告程序, 请求人民法院宣告该股票失效。人民法院宣告该股票失效后, 股东可以向公司申请补发股票。公示催告的期间, 由人民法院根据情况决定, 但不得少于 60 日。公示催告期间, 转让票据权利的行为无效。

7. 上市公司的股票, 依照有关法律、行政法规及证券交易所规则上市交易

单元六 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务

一、公司董事、监事、高级管理人员的资格#

《公司法》规定, 有下列情形之一的, 不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。

(1) 无民事行为能力或者限制民事行为能力。

(2) 因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义经济秩序, 被判处刑罚, 执行期满未逾 5 年, 或者因犯罪被剥夺政治权利, 执行期满未逾 5 年。

(3) 担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理, 对该公司、企业的破产负有个人责任的, 自该公司、企业破产清算完毕之日起未逾 3 年。

(4) 担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人, 并负有个人责任的, 自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年。

(5) 个人所负数额较大的债务到期未清偿。

公司违反《公司法》的上述规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的, 该选举、委派或者聘任无效。公司董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述所列情形的, 公司应当解除其职务。

二、公司董事、监事、高级管理人员的义务#

公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程, 对公司负有忠实

义务和勤勉义务。公司董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。

《公司法》规定，公司董事、监事、高级管理人员不得有下列行为。

(1) 挪用公司资金。

(2) 将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储。

(3) 违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保。

(4) 违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易。

(5) 未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。

(6) 接受他人与公司交易的佣金归为己有。

(7) 擅自披露公司秘密。

(8) 违反对公司忠实义务的其他行为。

公司董事、监事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。

公司董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

公司股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。董事、高级管理人员应当如实向公司监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

三、股东诉讼#

(一) 股东代表诉讼

股东代表诉讼，又称股东间接诉讼，是指当董事、监事、高级管理人员或者他人的违反法律、行政法规或者公司章程的行为给公司造成损失，公司拒绝或者怠于向该违法行为人请求损害赔偿时，具备法人资格的股东有权代表其他股东，代替公司提起诉讼，请求违法行为人赔偿公司损失的行为。股东代表诉讼的目的，是保护公司利益和股东整体利益，而不仅仅是个别股东的利益。为保护个别股东利益而进行的诉讼是股东直接诉讼。

根据侵犯人身份的不同与具体情况的不同，提起股东代表诉讼有以下几种程序。

1. 股东代表对公司董事、监事、高级管理人员给公司造成损失行为提起诉讼的程序

按照《公司法》的规定，公司董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。为了确保责任者真正承担相应的赔偿责任，《公司法》对股东代表诉讼作了如下规定。

(1) 股东通过监事会或者监事提起诉讼。公司董事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼。

(2) 股东通过董事会或者董事提起诉讼。监事执行公司职务时违反法律、行政法规或

者公司章程的规定，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东，可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

(3) 股东直接提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东的书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东，有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

2. 股东对其他人给公司造成损失行为提起诉讼的程序

公司董事、监事、高级管理人员以外的其他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东，可以书面请求监事会或者监事、董事会或者董事向人民法院提起诉讼，或者直接向人民法院提起诉讼。提起诉讼的具体程序，依照上述股东对公司董事、监事、高级管理人员给公司造成损失的行为提起诉讼的程序进行。

(二) 股东直接诉讼

股东直接诉讼是指股东对董事、高级管理人员违反规定损害股东利益的行为提起的诉讼。《公司法》规定，公司董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以依法直接向人民法院提起诉讼。

【例 2-20】 根据《公司法》的规定，股份有限公司董事、高级管理人员执行公司职务时因违法给公司造成损失的，在一定情形下，连续 180 日以上单独或合计持有公司 1% 以上股份的股东可以为了公司利益，以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。下列各项中，属于该情形的有 ()。

- A. 股东书面请求公司董事会向人民法院提起诉讼遭到拒绝
- B. 股东书面请求公司董事会向人民法院提起诉讼，董事会自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼
- C. 股东书面请求公司监事会向人民法院提起诉讼遭到拒绝
- D. 股东书面请求公司监事会向人民法院提起诉讼，监事会自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼

【解析】 正确答案为 CD。根据《公司法》的规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事会或不设监事会的有限责任公司的监事收到前述规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼的，前面所述的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

单元七 公司债券与公司财务会计

一、公司债券#

（一）公司债券的概念和种类

1. 公司债券的概念

公司债券是指公司依照法定程序发行，约定在一定期限还本付息的有价证券。

2. 公司债券与公司股票的区别

公司债券与公司股票有如下不同的法律特征。

（1）公司债券的持有人是公司的债权人，对于公司享有民法上规定的债权人的所有权利，而股票的持有人则是公司的股东，享有《公司法》所规定的股东权利。

（2）公司债券的持有人，无论公司是否有盈利，对公司享有按照约定给付利息的请求权，而股票持有人，则必须在公司有盈利时才能依法获得股利分配。

（3）公司债券到了约定期限，公司必须偿还债券本金，而股票持有人仅在公司解散时方可请求分配剩余财产。

（4）公司债券的持有人享有优先于股票持有人获得清偿的权利，而股票持有人必须在公司全部债务清偿之后，方可就公司剩余财产请求分配。

（5）公司债券的利率一般是固定不变的，风险较小，而股票股利分配的高低，与公司经营好坏密切相关，故常有变动，风险较大。

3. 公司债券的种类

依照不同的标准，对公司债券可作以下分类。

（1）记名公司债券和无记名公司债券。记名公司债券是指在公司债券上记载债权人姓名或者名称的债券；无记名公司债券是指在公司债券上不记载债权人姓名或者名称的债券。区分记名公司债券和无记名公司债券的法律意义在于两者转让的要求不同。记名公司债券的转让，转让人须在债券上背书；而无记名公司债券的转让，转让人交付债券即发生转让的法律效力。

（2）可转换公司债券和不可转换公司债券。可转换公司债券是指可以转换为公司股票的公司债券。这种公司债券在发行时规定了转换为公司股票的条件与办法。当条件具备时，债券持有人拥有将公司债券转换为公司股票的选择权。不可转换公司债券是指不能转换为公司股票的公司债券。凡在发行债券时未作出转换约定的，均为不可转换公司债券。

（二）公司债券的发行

1. 公司债券发行的条件

公司发行公司债券应当符合《证券法》规定的发行条件。《证券法》规定，公开发行公司债券，应当符合下列条件。

（1）股份有限公司的净资产不低于人民币 3 000 万元，有限责任公司的净资产不低于人民币 6 000 万元。

- (2) 累计债券余额不超过公司净资产的 40%。
- (3) 最近 3 年平均可分配利润足以支付公司债券 1 年的利息。
- (4) 筹集的资金投向符合国家产业政策。
- (5) 债券的利率不超过国务院限定的利率水平。
- (6) 国务院规定的其他条件。

公开发行公司债券筹集的资金，必须用于核准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

上市公司发行可转换为股票的公司债券，除应当符合上述规定的条件外，还应当符合《证券法》关于公开发行股票的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

有下列情形之一的，不得再次公开发行公司债券：

- (1) 前一次公开发行的公司债券尚未募足。
- (2) 对已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态。
- (3) 违反《证券法》规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途。

【例 2-21】 2011 年 5 月某股份有限公司成功发行了 3 年期公司债券 1 200 万元，1 年期公司债券 800 万元。该公司截至 2006 年 9 月 30 日的净资产额为 8 000 万元，到期需要偿还的债券本息均已偿还，计划于 2013 年 10 月再次发行公司债券。根据公司法律制度的规定，该公司此次发行公司债券额最多不得超过多少万元？

【解析】 该公司此次发行公司债券额最多不得超过 2 000 万元。根据《证券法》的规定，发行公司债券时，其累计债券余额不超过公司净资产的 40%。本案例中，该公司 2013 年 10 月发行公司债券时，累计债券余额不得超过 3 200 万元（净资产 8 000 万元 × 40%），该公司 2011 年 5 月发行的尚未偿还的债券为 1 200 万元（3 年期债券）。因此，本次发行的公司债券不得超过 2 000 万元。

2. 公司债券发行的程序

(1) 由公司的权力机关作出决议或决定。有限责任公司、股份有限公司发行公司债券，由公司董事会制订方案，公司股东会、股东大会作出决议。国有独资公司发行公司债券，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门作出决定。

(2) 申请发行并报有关部门或者机构批准。在公司作出发行公司债券的决议或者决定后，必须依照《公司法》规定的条件，向国务院授权的部门或者国务院证券监督管理机构提交报送规定的申请文件申请公开发行公司债券，国务院授权的部门或者国务院证券监督管理机构应当自受理公司债券发行申请文件之日起 3 个月内，依照法定条件和法定程序作出予以核准或者不予核准的决定。

(3) 公告公司债券募集办法。发行公司债券的申请经国务院授权的部门核准后，应当公告公司债券募集办法。公司以实物券方式发行公司债券的，必须在债券上载明公司名称、债券票面金额、利率、偿还期限等事项，并由法定代表人签名，公司盖章。

(4) 置备公司债券存根簿。公司债券，可以为记名公司债券，也可以为无记名公司债券。公司发行公司债券应当置备公司债券存根簿，并且发行记名公司债券的，应当在此债券存根簿载明发行公司发行证券的相关信息。

（三）公司债券的转让

《公司法》规定，公司债券可以转让，转让价格由转让人与受让人约定。公司债券在证券交易所上市交易的，按照证券交易所的交易规则转让。

发行可转换为股票的公司债券的，公司应当按照其转换办法向债券持有人换发股票，但债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。

二、公司财务会计#

（一）公司财务会计的基本要求

（1）公司应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定建立本公司的财务、会计制度。

（2）公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。公司财务会计报告主要包括：资产负债表、利润表、现金流量表、所有者权益（或股东权益）变动表等报表及附注。公司财务会计报告应当依照《会计法》、《企业财务会计报告条例》等法律、行政法规和国务院财政部门制定的国家统一的会计制度制作。对于上市公司，在每一会计年度的上半年结束之日，还应当制作中期财务会计报告。

（3）公司应当依法披露有关财务、会计资料。有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20日前置备于本公司，供股东查阅；公开发行股票股份有限公司必须公告其财务会计报告。

（4）公司除法定的会计账簿外，不得另立会计账簿。对公司资产，不得以任何个人名义开立账户存储。

（5）公司应当依法聘用会计师事务所对财务会计报告审查验证。公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所，依照公司章程的规定，由股东大会或董事会决定。

（二）公司利润分配

1. 公司利润

按照会计概念，公司利润，是指公司在—个会计年度期间生产经营收入及其他收入扣除成本、费用等后的余额，即公司在—定会计期间的经营成果。

根据我国《公司法》及《企业所得税法》等相关法律的规定，公司应当按照如下顺序进行利润分配。

（1）弥补以前年度的亏损，但不得超过税法规定的弥补期限。我国《企业所得税法》规定：企业—纳税年度发生的亏损可以用下一年度的所得弥补，下一年度的所得不足以弥补的，可以逐年延续弥补，但最长不得超过5年。此处所述“亏损”是指企业依照《企业所得税法》和实施条例的规定，将—纳税年度的收入总额减除不征税收入、免税收入和各项扣除后小于零的数额。

（2）缴纳所得税。公司应依我国《企业所得税法》规定缴纳企业所得税。

（3）弥补在税前利润弥补亏损之后仍存在的亏损。

(4) 提取法定公积金。

(5) 提取任意公积金。

(6) 向股东分配利润。

公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司按照股东实缴的出资比例分配，但全体股东约定不按照出资比例分配的除外；股份有限公司按照股东持有的股份分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

公司股东会、股东大会或董事会违反规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不得分配利润。

2. 公积金

公积金是公司在资本之外所保留的资金金额，又称附加资本或准备金。公司为增强自身财力，扩大营业范围和预防意外亏损，从利润中提取一定的资金，以用于扩大资本，或弥补亏损。提取公积金制度是国家规定的一项强制性制度，各国公司法一般都有规定。

(1) 公积金的种类。公积金分为盈余公积金和资本公积金两类。

① 盈余公积金。盈余公积金是从公司税后利润中提取的积累资金，分为法定公积金和任意公积金两种。

法定公积金按照公司税后利润的 10% 提取，当公司法定公积金累计额为公司注册资本的 50% 以上时可以不再提取。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。任意公积金按照公司股东会或者股东大会决议，从公司税后利润中提取。

② 资本公积金是直接由资本或资产以及其他原因等形成的公积金，股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款，以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金。

(2) 公积金的用途。公司的公积金应当按照规定的用途使用，其主要以下几个用途。

① 弥补公司亏损。资本公积金不得用于弥补公司的亏损。

② 扩大公司生产经营。公司可以根据生产经营的需要，用公司的公积金来扩大公司的生产经营规模，增强公司实力。

③ 转增公司资本。对用任意公积金转增资本的，法律没有限制。但用法定公积金转增资本时，《公司法》规定，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的 25%。

【例 2-22】 下列关于法定公积金的表述中，符合公司法律制度规定的是 ()。

A. 法定公积金按照公司股东会或者股东大会决议，从公司税后利润中提取

B. 法定公积金按照公司税后利润的 10% 提取，当公司法定公积金累计额为公司注册资本的 50% 以上时可以不再提取

C. 股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款，应当列为公司法定公积金

D. 对用法定公积金转增资本的，法律没有限制

【解析】 正确答案为 B。法定公积金依法强制提取，股东会或者股东大会决议无权决定是否提取，因此选项 A 错误；法定公积金按照公司税后利润的 10% 提取，当公司法定公积金累计额为公司注册资本的 50% 以上时可以不再提取，因此选项 B 正确；股票发行溢价款应当列为公司资本公积金，而非法定公积金，因此选项 C 错误；用法定公积金转增资本的，转

增后所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的 25%，因此选项 D 错误。

单元八 公司合并、分立、增减资与公司解散和清算

一、公司合并#

公司合并是指两个或两个以上的公司依照法定条件和程序，通过订立合并协议，组成一个公司的法律行为。其形式有两种：一是吸收合并；二是新设合并。吸收合并是指一个公司吸收其他公司加入本公司，被吸收的公司解散。新设合并是指两个或两个以上公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。

公司合并应遵循以下程序。

(1) 签订合并协议。

(2) 编制资产负债表及财产清单。

(3) 作出合并决议。签订合并协议并编制资产负债表及财产清单后，应当就公司合并的有关事项作出合并决议。有限责任公司的股东会对公司合并作出决议时，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过；股份有限公司的股东大会在对公司合并作出决议时，必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过；国有独资公司的合并协议，由国有资产监督管理机构决定。重要的国有独资公司的合并，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

(4) 通知债权人。公司应当自作出合并决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

(5) 依法办理变更、注销登记或设立登记。公司合并后，登记事项发生变更的，应当依法向公司登记机关办理变更登记；公司解散的，应当依法办理公司注销登记；设立新公司的，应当依法办理公司设立登记。

公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

二、公司分立#

公司分立是指一个公司依法分为两个以上的公司。《公司法》未明确规定公司分立的形式，一般有两种：一是派生分立，即公司以其部分财产和业务另设一个新的公司，原公司存续；二是新设分立，即公司以其全部财产设立两个以上的新公司，原公司解散。

公司分立的程序与公司合并的程序基本一样，要签订分立协议，编制资产负债表及财产清单，作出分立决议，通知债权人，办理工商登记等。

公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

【例 2-23】 A 公司于 2012 年 6 月注册成立。2012 年 10 月 A 公司分立为 B 公司和 C 公司，分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议约定各承担 50% 的债务。2013 年 3 月 C 公司与 D 公司合并为 E 公司。如果 2013 年 5 月 A 公司和 D 公司的债权人要求清偿债务，下列说法正确的有（ ）。

- A. A 公司的债务由 B 公司和 C 公司承担
- B. A 公司的债务由 B 公司和 E 公司承担
- C. D 公司的债务由 D 公司承担
- D. D 公司的债务由 E 公司承担

【解析】 正确答案为 BD。(1) 公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的, 应按约定执行, 2013 年 5 月 C 公司已不存在, 所以 A 公司的债务由 B 公司和 E 公司承担; (2) 公司合并时, 合并各方的债权、债务, 应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继, C 公司与 D 公司合并为 E 公司, 所以 E 公司承继了 C 公司与 D 公司原有的债务。

三、公司注册资本的增加和减少#

(一) 公司注册资本的增加

有限责任公司增加注册资本时, 股东认缴新增资本的出资, 按照《公司法》设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。股份有限公司为增加注册资本发行新股时, 股东认购新股, 依照《公司法》设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。

公司增加注册资本, 应当依法向公司登记机关办理变更登记。

(二) 公司注册资本的减少

公司需要减少注册资本时, 必须编制资产负债表及财产清单。

公司减少注册资本时, 应当自作出减少注册资本决议之日起 10 日内通知债权人, 并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内, 未接到通知书的自公告之日起 45 日内, 有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。

公司减少注册资本, 应当依法向公司登记机关办理变更登记。

【例 2-24】 下列关于公司减少注册资本的表述中, 不符合公司法律制度规定的是()。

- A. 公司需要减少注册资本时, 必须编制资产负债和财产清单
- B. 公司减少注册资本时, 应当自作出减少注册资本决议之日起 10 日内通知债权人, 并于 30 日内在报纸上公告
- C. 公司减少注册资本的, 应当自作出减少注册资本决议之日起 45 日后申请变更登记
- D. 公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额

【解析】 正确答案为 C。公司减少注册资本的, 应当自公告之日起 45 日后申请变更登记。

四、公司解散#

根据《公司法》的规定, 公司解散的原因有以下情形: ①公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现; ②股东会或者股东大会决议解散; ③因公司合并或者分立需要解散; ④依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销; ⑤人民法院依法予以解散。

公司有上述第①项情形的, 可以通过修改公司章程而存续。公司依照规定修改公司章程的, 有限责任公司须经持有 2/3 以上表决权的股东通过, 股份有限公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

《公司法》规定，公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，单独或者合计持有公司全部股东表决权 10%以上的股东，可以请求人民法院依法解散公司。

五、公司解散清算#

（一）清算组的成立

公司解散时，应当依法进行清算。根据《公司法》的规定，公司应当在解散事由出现之日起 15 日内成立清算组。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。根据最高人民法院的司法解释，有下列情形之一的，债权人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予受理：①公司解散逾期不成立清算组进行清算的；②虽然成立清算组但故意拖延清算的；③违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的。

具有上述情形，而债权人未提起清算申请，公司股东申请人民法院指定清算组对公司进行清算的，人民法院应予受理。

（二）清算组的职权

根据《公司法》的规定，清算组在清算期间行使下列职权：①清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；②通知、公告债权人；③处理与清算有关的公司未了结的业务；④清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；⑤清理债权、债务；⑥处理公司清偿债务后的剩余财产；⑦代表公司参与民事诉讼活动。

（三）清算工作程序

清算工作程序一般如下。

1. 登记债权

清算组应当自成立之日起 10 日内通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算组申报其债权。债权人在规定的期限内未申报债权，在公司清算程序终结前补充申报的，清算组应予登记。债权人补充申报的债权，可以在公司尚未分配财产中依法清偿。

2. 清理公司财产，制订清算方案

清算组应当对公司财产进行清理，编制资产负债表和财产清单，制订清算方案。清算方案应当报股东会、股东大会或者人民法院确认。清算组执行未经确认的清算方案给公司或者债权人造成损失，公司、股东或者债权人有权要求清算组人员承担赔偿责任。

3. 清偿债务

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未按上述规定清偿前，不得分配给股东。

4. 公告公司终止

公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。

公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算的，债权人有权要求有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任。

单元九 违反《公司法》的法律责任

一、公司发起人、股东的法律责任#

(1) 违反《公司法》规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额 5% 以上 15% 以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以 5 万元以上 50 万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。构成犯罪的，依《刑法》规定追究刑事责任，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金 1% 以上 5% 以下的罚款。单位犯此罪的，对单位处以罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

(2) 公司的发起人、股东虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正，处以虚假出资金额 5% 以上 15% 以下的罚款。构成犯罪的，依《刑法》规定追究刑事责任，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额 2% 以上 10% 以下的罚款。单位犯此罪的，对单位处以罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

(3) 公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额 5% 以上 15% 以下的罚款。构成犯罪的，依《刑法》规定追究刑事责任，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处抽逃出资金额 2% 以上 10% 以下的罚款。单位犯此罪的，对单位处以罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

(4) 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记的，债权人有权要求其对公司债务承担相应赔偿责任。

二、公司的法律责任#

(1) 在法定的会计账簿以外另立会计账簿的，由县级以上人民政府财政部门责令改正，处以 5 万元以上 50 万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

(2) 公司在依法向有关主管部门提供的财务会计报告等材料上作虚假记载或者隐瞒重要事实的，由有关部门对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

(3) 公司不依照《公司法》规定提取法定公积金的，由县级以上人民政府财政部门责令

如数补足应当提取的金额，可以对公司处以 20 万元以下的罚款。

(4) 公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照《公司法》规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

(5) 公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产的，由公司登记机关责令改正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额 5% 以上 10% 以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。构成犯罪的，依《刑法》规定追究刑事责任，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

(6) 公司在清算期间开展与清算无关的经营活动的，由公司登记机关予以警告，没收违法所得。

(7) 公司成立后无正当理由超过 6 个月未开业的，或者开业后自行停业连续 6 个月以上的，可以由公司登记机关吊销营业执照。

(8) 公司登记事项发生变更时，未依照《公司法》规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

(9) 外国公司违反我国《公司法》规定，擅自在中国境内设立分支机构的，由公司登记机关责令改正或者关闭，可以并处 5 万元以上 20 万元以下的罚款。

(10) 公司违反《公司法》规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。

三、清算组的法律责任#

(1) 清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失的，公司或者债权人有权要求其承担赔偿责任。

(2) 清算组不依照《公司法》规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送清算报告隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，由公司登记机关责令改正。隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产，严重损害债权人或者其他利益的，依《刑法》规定追究刑事责任，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

(3) 清算组成员利用职权徇私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产的，由公司登记机关责令退还公司财产，没收违法所得，并可以处以违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

四、承担资产评估、验资或者验证机构的法律责任#

(1) 承担资产评估、验资或者验证的机构提供虚假材料的，由公司登记机关没收违法所得，处以违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款，并可以由有关部门依法责令该机构停业、吊销直接责任人员的资格证书，吊销营业执照。构成犯罪的，依《刑法》规定追究刑事责任，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。犯此罪并有索取他人财物或者非法收受他人财物行为的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

(2) 承担资产评估、验资或者验证的机构因过失提供有重大遗漏的报告的，由公司登记

机关责令改正，情节较重的，处以所得收入 1 倍以上 5 倍以下的罚款，并可以由有关主管部门依法责令该机构停业、吊销直接责任人员的资格证书，吊销营业执照。严重不负责任，出具的证明文件严重失实，造成严重后果的，依《刑法》规定追究刑事责任，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

(3) 承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。

五、公司登记机关的法律责任#

(1) 公司登记机关对不符合《公司法》规定条件的登记申请予以登记，或者对符合《公司法》规定条件的登记申请不予登记的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

(2) 公司登记机关的上级部门强令公司登记机关对不符合《公司法》规定条件的登记申请予以登记，或者对符合《公司法》规定条件的登记申请不予登记的，或者对违法登记进行包庇的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

六、其他主体的相关法律责任#

未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的，或者未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司的分公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司的分公司名义的，由公司登记机关责令改正或者予以取缔，可以并处 10 万元以下的罚款。



一、单项选择题

1. 甲公司的分公司在其经营范围内以自己的名义对外签订了一份货物买卖合同。根据《公司法》的规定，下列关于该合同的效力及其责任承担的表述中，正确的是（ ）。
 - A. 该合同有效，其民事责任由甲公司承担
 - B. 该合同有效，其民事责任由分公司独立承担
 - C. 该合同有效，其民事责任由分公司承担，甲公司负补充责任
 - D. 该合同无效，甲公司和分公司均不承担民事责任
2. 设立股份有限公司，向公司登记机关申请登记的是（ ）。
 - A. 全体股东指定的代表
 - B. 全体发起人指定的代表
 - C. 共同委托的代理人
 - D. 董事会
3. 根据公司法律制度的规定，一般公司设立分公司，申请登记的期限是（ ）。
 - A. 自决定作出之日起 10 日内
 - B. 自决定作出之日起 30 日内
 - C. 自决定作出之日起 45 日内
 - D. 自决定作出之日起 60 日内
4. 甲、乙、丙、丁共同出资设立了一家有限责任公司，注册资本为 50 万元，下列说法错误的是（ ）。

- A. 因公司的经营规模较小,所以公司决定不设立董事会,由甲担任执行董事
B. 该公司的注册资本是符合规定的
C. 公司决定不设监事会,由乙和丙担任监事
D. 甲担任执行董事,并且同时兼任监事
5. 根据公司法法律制度的规定,下列各项中,属于有限责任公司股东会职权的是()。
- A. 决定公司的经营计划和投资方案
B. 选举和更换监事会的全部监事
C. 对发行公司债券作出决议
D. 对股东向股东以外的人转让出资作出决议
6. 新成立的甲有限责任公司内部就成立公司监事会发生争议,下列说法不符合法律规定的是()。
- A. 甲公司若经营规模较大,则应当设立监事会,且其成员不得少于3人
B. 甲公司的监事会应当由股东代表和适当比例的公司职工代表组成
C. 监事的任期每届为4年,任期届满,连选可以连任
D. 甲公司的董事、经理和财务负责人不得兼任甲公司的监事
7. 关于一人有限责任公司,在下列内容中,不符合《公司法》规定的是()。
- A. 公司不设立股东会
B. 公司的注册资本不少于人民币10万元,并且一次缴清
C. 一个自然人不能同时投资设立两个以上的一人有限责任公司
D. 一人有限责任公司的年度财务会计报告可以不经会计师事务所审计
8. 根据《公司法》的规定,有限责任公司的股东转让股权后,公司无须办理的事项是()。
- A. 注销原股东的出资证明书
B. 向新股东签发出资证明书
C. 召开股东会,作出修改章程中有关股东及其出资额记载的决议
D. 申请变更工商登记
9. 某股份有限公司在设立过程中,违反《公司法》规定的是()。
- A. 在公司登记机关登记的注册资本总额为人民币800万元
B. 发起人共有3人,其中2人在中国境内有住所
C. 某发起人以劳务出资,作价50万元
D. 全体发起人的货币出资占出资总额的35%
10. 下列内容中,不符合《公司法》规定的是()。
- A. 股份有限公司可以申请发行公司债券
B. 有限责任公司的法定代表人可以是董事长、执行董事或者经理
C. 财务负责人可以担任有限责任公司的监事
D. 国有独资公司的监事会成员不少于5人

二、多项选择题

1. 根据公司法法律制度的规定,下列情形中,公司清算组应当自公司清算结束之日起30日内向原公司登记机关申请注销登记的有()。
- A. 公司被依法宣告破产
B. 股东大会决议解散

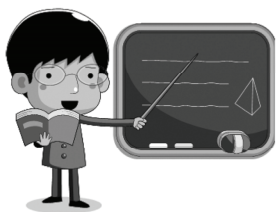
- C. 依法被吊销营业执照 D. 有限责任公司变更为股份有限公司

家授权的部门备案

- B. 国有独资公司设立董事会，董事会成员全部由国家授权投资的机构或者国家授权的部门委派
- C. 国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权
- D. 国有独资公司监事会成员不得少于 5 人，其中职工代表的比例不得低于 1/3

三、判断题

1. 公司董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，属于股东间接诉讼的范围，股东不可以直接向人民法院提起诉讼。（ ）
2. 子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。（ ）
3. 公司章程仅对公司和股东具有约束力，董事、监事、高级管理人员不受其限制。（ ）
4. 根据《公司法》的规定，在正式申请办理公司设立之前，应当申请名称预先核准，预先核准的公司名称保留期为 3 个月。（ ）
5. 除法律另有规定外，股东大会召开前 20 日内或者公司决定分配股利的基准日前 5 日内，不得进行股东名册的变更登记。（ ）
6. 有限责任公司监事会设主席 1 人，由全体监事过半数选举产生。（ ）
7. 一人有限责任公司和国有独资公司都不设立股东会。（ ）
8. 国家授权投资的机构投资设立的国有独资公司可以设立股东会，也可以不设立股东会。（ ）
9. 人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权，其他股东自人民法院通知之日起 30 日内不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。（ ）
10. 股份有限公司董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议必须经出席会议的董事过半数通过。（ ）



模块三

个人独资企业法



知识目标

掌握个人独资企业的设立、事务管理、解散和清算；熟悉违反《个人独资企业法》的法律责任；了解个人独资企业的概念和特征。

技能目标

能够利用所学知识解决与个人独资企业有关的实际问题，能进行实际案例分析。

态度目标

培养独资企业经营的法律意识。



案例导读

个人独资企业 A 系甲于 2010 年 4 月以个人财产出资设立的，2011 年 8 月甲因婚姻变故到异地成家，遂将该企业转让给好友乙。事后得知此事的丙，因个人独资企业 A 在甲经营期间尚欠其货款 10 万元，当时约定于 2011 年 10 月归还该笔货款，于是丙向甲追要，甲推脱该企业已转让给乙，可直接向乙追要。丙向乙追要，乙说这是你与甲之间的事，与我无关。此案应当如何处理？

单元一 个人独资企业的设立

一、个人独资企业的概念和特征#

（一）个人独资企业的概念

个人独资企业，是指依照《中华人民共和国个人独资企业法》（以下简称《个人独资企业法》）在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

（二）个人独资企业的特征

个人独资企业具有以下法律特征。

（1）个人独资企业由一个自然人投资。根据《个人独资企业法》的规定，设立个人独资企业的只能是一个自然人，国家机关、国家授权投资的机构或者国家授权的部门、企业、事

业单位等都不能作为个人独资企业的设立人。上述自然人仅指中国公民。

(2) 个人独资企业的投资人对企业的债务承担无限责任。由于个人独资企业的投资人仅为一个自然人, 因此, 对企业出资多少、是否追加投资或减少投资、采取什么样的经营方式等事项均由投资人一人决定。投资人对企业的债务承担无限责任, 即当企业的资产不足以清偿到期债务时, 投资人应以自己个人的全部财产用于清偿。

(3) 个人独资企业的内部机构设置简单, 经营管理方式灵活。个人独资企业的投资人既可以是企业的所有者, 又可以是企业的经营者。因此, 法律对其内部机构的设置和经营管理方式不像公司和其他企业那样加以严格规定。

(4) 个人独资企业是非法人企业。个人独资企业由一个自然人出资, 投资人对企业的债务承担无限责任。在权利义务上, 企业和个人是融为一体的, 企业的责任即投资人个人的责任, 企业的财产即投资人个人的财产。个人独资企业虽不具有法人资格, 但却是独立的民事主体, 可以以自己的名义从事民事活动。

【例 3-1】 根据个人独资企业法律制度的规定, 下列关于个人独资企业法律特征的表述中, 正确的有 ()。

- A. 个人独资企业虽然不具有法人资格, 但具有独立承担民事责任的能力
- B. 个人独资企业是由一个自然人投资的企业, 并且自然人只能是中国公民
- C. 个人独资企业的投资人对企业的债务承担无限责任
- D. 个人独资企业是独立的民事主体, 可以以自己的名义从事民事活动

【解析】 正确答案为 BCD。根据《个人独资企业法》的规定, 个人独资企业不能独立承担民事责任, 因此选项 A 的说法是错误的。

二、个人独资企业的设立条件#

根据《个人独资企业法》的规定, 设立个人独资企业应当具备下列条件。

(1) 投资人为一个自然人, 且只能是中国公民。

(2) 有合法的企业名称。个人独资企业的名称应当符合国家关于企业名称登记管理的有关规定, 即企业名称应与其责任形式及从事的营业相符合, 而且只准使用一个名称, 可以叫厂、店、部、中心、工作室等, 个人独资企业名称中不得使用“有限”、“有限责任”或者“公司”字样。

(3) 有投资人申报的出资。《个人独资企业法》对设立个人独资企业的出资数额未作限制。根据国家工商行政管理总局《关于贯彻实施<个人独资企业登记管理办法>有关问题的通知》的规定, 设立个人独资企业可以用货币出资, 也可以用实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。采取实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资的, 应将其折算成货币数额。投资人申报的出资额应当与企业的生产经营规模相适应。投资人可以个人财产出资, 也可以家庭公有财产作为个人出资。以家庭公有财产作为个人出资的, 投资人应当在设立(变更)登记申请书上予以注明。

(4) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。生产经营场所包括企业的住所和与生产经营相适应的处所。住所是企业的主要办事机构所在地, 是企业的法定地址。必要的生产经营条件是指根据企业的业务性质、规模等因素而需具备设施、设备、人员等方面条件。

(5) 有必要的从业人员。即要有与其生产经营范围、规模相适应的从业人员。

三、个人独资企业的设立程序#

(一) 提出申请

申请设立个人独资企业，应当由投资人或者其委托的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提出设立申请。投资人申请设立登记，应当向公司登记机关提交下列文件。

(1) 投资人签署的个人独资企业设立申请书，设立申请书应当载明：企业的名称和住所；投资人的姓名和居所；投资人的出资额和出资方式；经营范围及方式。个人独资企业投资人以个人财产出资或者以其家庭共有财产作为个人出资的，应当在设立申请书上予以明确。

(2) 投资人身份证明，主要是身份证和其他有关证明材料。

(3) 企业住所证明和生产经营场所使用证明等文件，如土地使用证明、房屋产权证或租赁合同等。

(4) 委托代理人申请设立登记的，应当提交投资人的委托书和代理人的身份证明或者资格证明。

(5) 国家工商行政管理局规定提交的其他文件。

从事法律、行政法规规定必须报经有关部门审批的业务的，应当提交有关部门的批准文件。

(二) 工商登记

登记机关应当在收到设立申请之日起 15 日内，对符合《个人独资企业法》规定条件的予以登记，发给营业执照；对不符合《个人独资企业法》规定条件的，不予登记，并发给企业登记驳回通知书。个人独资企业营业执照的签发日期，为个人独资企业成立日期。在领取个人独资企业营业执照前，投资人不得以个人独资企业名义从事经营活动。

个人独资企业设立分支机构，应当由投资人或者其委托的代理人向分支机构所在地的登记机关申请设立登记。分支机构经核准登记后，应将登记情况报该分支机构隶属的个人独资企业的登记机关备案。分支机构的民事责任由设立该分支机构的个人独资企业承担。个人独资企业存续期间登记事项发生变更的，应当在作出变更决定之日起 15 日内依法向登记机关申请办理变更登记。

单元二 个人独资企业的投资人和事务管理

一、个人独资企业的投资人#

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业的投资人为具有中国国籍的自然人，但法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。根据我国有关法律、行政法规规定，国家公务员、党政机关领导干部、警官、法官、检察官、商业银行工作人员等，不得作为投资人申请设立个人独资企业。

个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让或继承。企业的财产不论是投资人的原始投入还是经营所得，均归投资人所有。

由于个人独资企业是一个投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体,因此,《个人独资企业法》规定,个人独资企业财产不足以清偿债务的,投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。如果个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭公有财产作为个人出资的,应当依法以家庭公有财产对企业债务承担无限责任。

二、个人独资企业的事务管理#

个人独资企业投资人可以自行管理企业事务,也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务,应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同。合同应订明委托的具体内容、授予的权利范围、受托人或者被聘用的人应履行的义务、报酬和责任等。受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务,以诚实信用的态度对待投资人,对待企业,尽其所能依法保障企业利益,按照与投资

【例 3-2】 受托人或者被聘用的人管理个人独资企业的依据是 ()。

- A. 投资人的任命书
- B. 个人独资企业法规定的受托人或者被聘用的人的职权
- C. 投资人与受托人或者被聘用的人签订的书面合同
- D. 投资人的决定

【解析】 正确答案为 C。根据《个人独资企业法》的规定,受托人或者被聘用的人管理个人独资企业的依据是投资人与受托人或者被聘用的人签订的书面合同。

投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制,不得对抗善意第三人。个人独资企业的投资人与受托人或者被聘用的人员之间有关权利义务的限定只对受托人或者被聘用的人员有效,对善意第三人并无约束力,受托人或者被聘用的人员超出投资人的限制与善意第三人的有关业务交往应当有效。

【例 3-3】 甲投资设立乙个人独资企业,委托丙管理企业事务,授权丙可以决定 10 万元以下的交易。丙以乙企业的名义向丁购买 15 万元的商品。丁不知道甲对丙的授权限制,依约供货。乙企业未按期付款,由此发生争议。下列表述中,符合法律规定的是 ()。

- A. 乙企业向丁购买商品的行为有效
- B. 丙仅对 10 万元以下的交易有决定权,乙企业向丁购买商品的行为无效
- C. 甲向丁出示给丙的授权委托书后,可不履行付款义务
- D. 甲向丁出示给丙的授权委托书后,付款 10 万元,其余款项丁只能要求丙支付

【解析】 正确答案为 A。个人独资企业的投资人与受托人或者被聘用的人员之间有关权利义务的限定只对受托人或者被聘用的人员有效,对善意第三人并无约束力,受托人或者被聘用的人员超出投资人的限制与善意第三人的有关业务交往应当有效。

《个人独资企业法》规定,投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为:①利用职务上的便利,索取或者收受贿赂;②利用职务或者工作上的便利侵占企业财产;③挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人;④擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户储存;⑤擅自以企业财产提供担保;⑥未经投资人同意,从事与本企业相竞争的业务;⑦未经投资人同意,同本企业订立合同或者进行交易;⑧未经投资人同意,擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用;⑨泄露本企业的商业秘密;⑩法律、行政法规禁止的其他行为。

单元三 个人独资企业的解散与清算

一、个人独资企业的解散#

个人独资企业的解散，是指个人独资企业终止活动使其民事主体资格消灭的行为。

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业有下列情形之一的，应当解散：①投资人决定解散；②投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承；③被依法吊销营业执照；④法律、行政法规规定的其他情形。

二、个人独资企业的清算#

个人独资企业解散的，应当进行清算。《个人独资企业法》对个人独资企业清算作了如下规定。

(1) 通知和公告债权人。个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。投资人自行清算的，应当在清算前 15 日内书面通知债权人，无法通知的，应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起 30 日内，未接到通知的应当在公告之日起 60 日内，向投资人申报债权。

【例 3-4】 林某以个人财产出资设立个人独资企业，聘请陈某管理该企业事务。林某病故后因企业负债较多，林某的妻子作为唯一继承人明确表示不愿继承该企业，该企业只得解散。根据《个人独资企业法》的规定，关于该企业清算人的下列表述中，正确的是（ ）。

- A. 由陈某进行清算
- B. 由林某的妻子进行清算
- C. 由债权人进行清算
- D. 由债权人申请法院指定清算人进行清算

【解析】 正确答案为 D。个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。

(2) 财产清偿顺序。个人独资企业解散的，财产应当按照下列顺序清偿：①所欠职工工资和社会保险费用；②所欠税款；③其他债务。个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

【例 3-5】 2007 年 3 月 8 日，甲出资 5 万元设立 A 个人独资企业，同时聘请乙管理企业事务。2013 年 8 月 31 日，A 企业严重亏损，不能清偿到期的丙的债务。甲决定解散该企业，并请求人民法院指定清算人。9 月 15 日，人民法院指定丁作为清算人对 A 企业进行清算。经查，A 企业和甲的资产及债权债务情况如下：①A 企业欠缴税款 5 000 元，欠乙工资 5 000 元，欠社会保险费用 2 000 元，欠丙 8 万元；②A 企业的银行存款 2 万元，实物折价 6 万元；③甲个人其他可执行的财产价值 2 万元。请问甲应如何进行财产清偿？

【解析】 根据《个人独资企业法》的规定，A 企业的财产清偿顺序如下：①所欠职工工资和社会保险费用；②所欠税款；③其他债务。因此，首先，用 A 企业的银行存款和实物折价共 8 万元清偿所欠乙的工资、社会保险费用、税款后，剩余 68 000 元用于清偿所欠丙的债务；其次，A 企业剩余财产全部用于清偿后，仍欠丙 12 000 元，可用甲其他可执行的个人财产 2 万元清偿。

(3) 清算期间对投资人的要求。清算期间, 个人独资企业不得开展与清算目的无关的经营活动, 在按前述财产清偿顺序清偿债务前, 投资人不得转移、隐匿财产。

(4) 投资人的持续清偿责任。个人独资企业解散后, 原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任, 但债权人在 5 年内未向债务人提出偿债请求的, 该责任消灭。

(5) 注销登记。个人独资企业清算结束后, 投资人或者人民法院指定的清算人应当编制清算报告, 并于 15 日内到公司登记机关办理注销登记。经公司登记机关注销登记, 个人独资企业终止。个人独资企业办理注销登记时, 应当交回营业执照。

单元四 违反《个人独资企业法》的法律责任

一、个人独资企业及投资人的法律责任#

(1) 违反规定, 提交虚假文件或采取其他欺骗手段取得企业登记的, 由企业登记机关责令改正, 处以 5 000 元以下的罚款; 情节严重的, 并处吊销营业执照。

(2) 违反规定, 个人独资企业使用的名称与其在登记机关登记的名称不相符合的, 由企业登记机关责令限期改正, 处以 2 000 元以下的罚款。

(3) 涂改、出租、转让营业执照的, 由企业登记机关责令改正, 没收违法所得, 处以 3 000 元以下的罚款; 情节严重的, 吊销营业执照。伪造营业执照的, 由企业登记机关责令停业, 没收违法所得, 处以 5 000 元以下的罚款。构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

(4) 个人独资企业成立后无正当理由超过 6 个月未开业的, 或者开业后自行停业连续 6 个月以上的, 吊销营业执照。

(5) 违反规定, 未领取营业执照, 以个人独资企业名义从事经营活动的, 由企业登记机关责令停止经营活动, 处以 3 000 元以下的罚款。

(6) 个人独资企业登记事项发生变更时, 未按规定办理有关变更登记的, 由企业登记机关责令限期办理变更登记; 逾期不办理登记的, 处以 2 000 元以下的罚款。

(7) 个人独资企业违反规定, 侵犯职工合法权益, 未保障职工劳动安全, 不缴纳社会保险费用的, 按照有关法律、行政法规予以处罚, 并追究有关责任人员的责任。

(8) 个人独资企业及其投资人在清算前或清算期间隐匿或者转移财产, 逃避债务的, 依法追回其财产, 并按照有关规定予以处罚; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

(9) 投资人违反规定, 应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金, 其财产不足以支付的, 或者被判处没收财产的, 应当先承担民事赔偿责任。

二、管理人员的法律责任#

(1) 投资人委托或者聘用的人员管理个人独资企业事务时违反双方订立的合同, 给投资人造成损害的, 承担民事赔偿责任。

(2) 投资人委托或者聘用的人员违反《个人独资企业法》的规定, 侵犯个人独资企业财产权益的, 责令退还侵占的财产; 给企业造成损失的, 依法承担赔偿责任; 有违法所得的, 没收违法所得; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

三、企业登记机关的法律责任#

(1) 企业登记机关对不符合《个人独资企业法》规定条件的个人独资企业予以登记, 或者对符合《个人独资企业法》规定条件的企业不予登记的, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

(2) 企业登记机关的上级部门的有关主管人员强令企业登记机关对不符合《个人独资企业法》规定条件的企业予以登记, 或者对符合《个人独资企业法》规定条件的企业不予登记, 或者对违法登记行为进行包庇的, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

企业登记机关对符合法定条件的申请不予登记或者超过法定时限不予答复的, 当事人可依法申请行政复议或提起行政诉讼。

训练题

一、单项选择题

- 下列可以成为个人独资企业的投资人的是 ()。
A. 15 岁的张某, 智力超常 B. 乙声明以出资额承担责任
C. 丙是国家机关工作人员 D. 丁是下岗工人
- 下列各项表述中, 不符合《个人独资企业法》规定的是 ()。
A. 投资人可以用个人所有的货币、土地使用权和劳务出资
B. 设立个人独资企业不需要最低注册资本
C. 企业的名称可以使用“工厂”等字样, 但不能使用“公司”等字样
D. 投资者不可以家庭其他成员的财产出资
- 下列关于个人独资企业的表述中, 正确的是 ()。
A. 个人独资企业的投资人可以是自然人、法人或者其他组织
B. 个人独资企业的投资人对企业债务承担无限责任
C. 个人独资企业不能以自己的名义从事民事活动
D. 个人独资企业具有法人资格
- 个人独资企业投资人对受托人或被聘用人员职权的限制, 具有的效力是 ()。
A. 可以对抗任何人 B. 不能对抗任何人
C. 不得对抗善意第三人 D. 在一定情况下可以对抗善意第三人
- 个人独资企业投资人甲聘用乙管理企业事务, 同时对乙的职权予以限制, 凡乙对外签订标的额超过 1 万元的合同, 须经甲同意。某日, 乙未经甲同意与善意第三人丙签订了一份标的额为 2 万元的买卖合同。下列关于该合同效力的表述中, 正确的是 ()。
A. 该合同有效, 但如果给甲造成损害, 由乙承担民事赔偿责任
B. 该合同无效, 如果给甲造成损害, 由乙承担民事赔偿责任
C. 该合同为可撤销合同, 可请求人民法院予以撤销
D. 该合同无效, 经甲追认后有效
- 个人独资企业解散的, 财产应当按照下列顺序清偿 ()。(①所欠职工工资和社会保险费用; ②所欠税款; ③其他债务)
A. ②③① B. ①②③ C. ①③② D. ③②①

7. 个人独资企业的成立日期为（ ）。

- A. 申请之日
- B. 获得批准之日
- C. 试营业之日
- D. 营业执照签发之日

8. 根据《个人独资企业法》的规定，投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承的，该企业应当（ ）。

- A. 解散
- B. 变更
- C. 转让
- D. 拍卖

9. 下列不属于个人独资企业义务的是（ ）。

- A. 应当依法设置会计账簿，进行会计核算
- B. 应当依法与职工签订劳动合同
- C. 应当按照国家规定参加社会保险，为职工缴纳社会保险费
- D. 应当完成当地政府或管理部门的指定性任务

10. 根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在一定期间内未向债务人提出偿债要求的，该责任消灭。该期间是（ ）。

- A. 6个月
- B. 1年
- C. 3年
- D. 5年

二、多项选择题

1. 下列关于设立个人独资企业条件的说法中，正确的有（ ）。

- A. 有投资人申报的出资
- B. 有固定的生产经营场所
- C. 有合法的企业名称
- D. 投资者为一个自然人，可以是外国公民

2. 根据《个人独资企业法》的规定，下列各项中，属于设立个人独资企业应当具备的条件有（ ）。

- A. 投资人须为具有完全民事行为能力的自然人
- B. 有符合规定的法定最低注册资本
- C. 有企业章程
- D. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件

3. 下列内容中符合《个人独资企业法》规定的有（ ）。

- A. 投资人只能为一个自然人，且投资人对企业债务承担无限责任
- B. 个人独资企业为非法人企业，可以以企业的名义从事民事活动，且无注册资本的限额规定
- C. 个人独资企业名称不得使用“有限”、“公司”等字样
- D. 投资人可以用自己的存款或家庭公有的房屋出资，但不能用个人的劳务出资

4. 下列关于个人独资企业事务管理的表述中，正确的有（ ）。

- A. 投资人不能聘用他人管理企业事务
- B. 投资人可以聘用他人管理企业事务
- C. 投资人对受托人职权的限制不得对抗善意第三人
- D. 投资人对受托人职权的限制不得对抗恶意第三人

5. 以个人财产出资设立的个人独资企业解散后，其财产不足以清偿所有债务，对尚未清偿的债务，下列处理方式中，不符合《个人独资企业法》规定的有（ ）。

- A. 不再清偿
- B. 以投资人个人财产承担无限责任

- C. 以投资人个人的其他财产予以清偿, 仍不足清偿的, 如果债权人在 2 年内未提出清偿要求, 则不再清偿
- D. 以投资人个人的其他财产予以清偿, 仍不足清偿的, 如果债权人在 5 年内未提出清偿要求, 则不再清偿
6. 下列内容中符合《个人独资企业法》规定的有 ()。
- A. 公务员、警官、法官不得成为个人独资企业的投资人
- B. 个人独资企业为非法人企业, 没有注册资本的限额规定
- C. 个人独资企业投资人对聘用人员职权的限制不得对抗外部善意第三人
- D. 个人独资企业不能设立分支机构
7. 个人独资企业聘用的经营管理人员, 未经投资人同意, 不得从事的行为有 ()。
- A. 与本企业相竞争的业务
- B. 同本企业订立合同或者进行交易
- C. 将企业专利权转让给他人使用
- D. 将企业商标权转让给他人使用
8. 某个人独资企业决定解散, 并进行清算。该企业财产状况如下: 企业尚有可用于清偿的财产 10 万元; 欠缴税款 3 万元; 欠职工工资 1 万元; 欠社会保险费用 0.5 万元; 欠甲公司到期债务 5 万元; 欠乙未到期债务 2 万元。根据《个人独资企业法》的规定, 该个人独资企业在清偿所欠税款前, 应先行清偿的款项有 ()。
- A. 所欠职工工资 1 万元
- B. 所欠社会保险费用 0.5 万元
- C. 所欠甲公司到期债务 5 万元
- D. 所欠乙未到期债务 2 万元
9. 甲于 2008 年 4 月设立 A 个人独资企业。2008 年 5 月, A 企业与 B 公司签订一份买卖合同, 根据合同约定, A 企业最迟应于 2008 年 8 月 15 日支付给 B 公司货款 15 万元, 但 A 企业一直未支付该款项。2009 年 1 月 A 企业解散。2010 年 5 月 1 日, B 公司要求甲偿还上述 15 万元债务, 遭到甲的拒绝。根据《个人独资企业法》的规定, 下列表述中正确的有 ()。
- A. 因 A 企业已经解散, B 公司的债权已经消灭
- B. B 公司可以要求甲以其个人财产承担 15 万元的债务
- C. B 公司请求甲偿还债务的期限应于 2010 年 1 月届满
- D. B 公司请求甲偿还债务的期限应于 2014 年 1 月届满
10. 张某于 2000 年 3 月成立一家个人独资企业。同年 5 月, 该企业与甲公司签订一份买卖合同, 根据合同约定, 该企业应于同年 8 月支付给甲公司货款 15 万元, 但该企业一直未支付该款项。2001 年 1 月该企业解散。2003 年 5 月, 甲公司起诉张某, 要求张某偿还上述 15 万元债务。下列有关该案的表述错误的有 ()。
- A. 因该企业已经解散, 甲公司的债权已经消灭
- B. 甲公司可以要求张某以其个人财产承担 15 万元的债务
- C. 甲公司请求张某偿还债务已超过诉讼时效, 其请求不能得到支持
- D. 甲公司请求张某偿还债务的期限应于 2003 年 1 月届满

三、判断题

1. 个人独资企业不具有法人资格, 因此不是独立的民事主体, 同时无独立承担相应的民

事责任的能力。()

2. 个人独资企业投资人可以其个人财产出资, 也可以其家庭公有财产作为个人出资。()

3. 某个人独资企业投资人聘用甲管理企业事务, 在个人独资企业经营过程中, 甲有权决定将该企业的商标有偿转让给他人使用。()

4. 个人独资企业解散时, 可以由投资人自行进行清算, 也可以由投资人申请人民法院指定清算人进行清算。()

5. 个人独资企业投资人甲聘用乙管理企业事务, 同时对乙的职权予以限制, 即凡乙对外签订标的额超过 10 万元以上的合同, 须经甲同意。某日, 乙未经甲同意与善意第三人丙签订了一份标的额为 15 万元的买卖合同, 该合同有效, 但如果给甲造成损害, 由乙承担民事责任赔偿责任。()

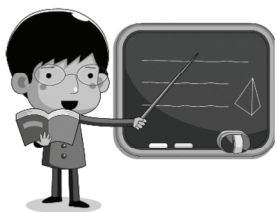
6. 个人独资企业投资人在申请企业设立登记时, 未明确以其家庭公有财产作为个人出资的, 在个人独资企业财产不足以清偿债务时, 可不以其家庭共有财产对企业债务承担无限责任。()

7. 个人独资企业成立后无正当理由超过六个月未开业的应当受到吊销营业执照处罚。()

8. 个人独资企业的投资人对企业债务承担无限连带责任。()

9. 个人独资企业的投资人可以是中国公民, 也可以是外国公民。()

10. 个人独资企业解散后, 投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任, 但债权人在五年内未提出偿债请求的, 该责任消灭。()



模块四

合伙企业法



知识目标

掌握合伙企业的设立、财产与第三人的关系、入伙、退伙及普通合伙企业与有限合伙企业的不同之处。熟悉合伙企业的事务执行、解散、清算。了解合伙企业的概念、分类。

技能目标

能够利用所学知识解决合伙企业有关的实际问题，能进行实际案例分析。

态度目标

培养合伙企业经营的法律意识。



案例导读

2012年1月，甲、乙、丙共同设立一家普通合伙企业。合伙协议约定：甲以现金5万元出资，乙以房屋作价8万元出资，丙以劳务作价4万元出资；各合伙人按相同比例分配利润、分担亏损。合伙企业成立后，为扩大经营，于2012年6月向银行贷款5万元，期限为1年。2012年8月，甲提出退伙，鉴于当时合伙企业盈利，乙、丙表示同意。同月，甲办理了退伙结算手续。2012年9月，丁入伙。丁入伙后，因经营环境变化，企业严重亏损。2013年5月，乙、丙、丁决定解散合伙企业，并将合伙企业现有财产价值3万元予以分配，但对未到期的银行贷款未予清偿。2013年6月，银行贷款到期后，银行找合伙企业清偿债务，发现该企业已经解散，遂向甲要求偿还全部贷款，甲称自己早已退伙，不负责清偿债务。银行向丁要求偿还全部贷款，丁称该笔贷款是在自己入伙前发生的，不负责清偿。银行向乙要求偿还全部贷款，乙表示只按照合伙协议约定的比例清偿相应数额。银行向丙要求偿还全部贷款，丙则表示自己是以劳务出资的，不承担偿还贷款义务。要求：根据以上事实，回答下列问题。

- (1) 甲、乙、丙、丁各自的主张能否成立？
- (2) 合伙企业所欠银行贷款应如何清偿？
- (3) 在银行贷款清偿后，甲、乙、丙、丁内部之间应如何分担清偿责任？

单元一 普通合伙企业的设立

一、合伙企业的概念及分类#

合伙是指两个以上的人为着共同目的，相互约定共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的自愿联合。合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

合伙企业分为普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。《合伙企业法》对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

二、普通合伙企业设立的条件#

普通合伙企业，是指由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务依照《合伙企业法》规定承担无限连带责任的一种合伙企业。其设立条件如下。

（一）有两个以上合伙人

合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。合伙企业合伙人至少为 2 人以上，对于合伙企业合伙人数的最高限额，我国《合伙企业法》未作规定，完全由设立人根据所设企业的具体情况决定。

关于合伙人的资格，《合伙企业法》作了以下限定。

（1）合伙人可以是自然人，也可以是法人或者其他组织。

（2）合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。无民事行为能力人和限制民事行为能力人不得成为合伙企业的合伙人。

（3）国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

【例 4-1】 某普通合伙企业成立时，下列人员不能成为合伙人的有（ ）。

- A. 甲声明对企业的债务最多只承担 1 万元
- B. 乙是国家公务员，以自己 8 岁的儿子的名义入伙
- C. 丙是 1 年前被开除的警察
- D. 丁于 3 个月前刚被刑满释放

【解析】 正确答案为 AB。根据法律规定：普通合伙企业的合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任；普通合伙人应当为具有完全民事行为能力的人。

（二）有书面合伙协议

合伙协议是指由各合伙人通过协商，共同决定相互间的权利义务，达成的具有法律约束力的协议。合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致，以书面形式订立。合伙协议应当载明下列事项：①合伙企业的名称和主要经营场所的地点；②合伙目的和合伙经营范围；③合

伙人的姓名或者名称、住所；④合伙人的出资方式、数额和缴付期限；⑤利润分配、亏损分担方式；⑥合伙企业事务的执行；⑦入伙与退伙；⑧争议解决办法；⑨合伙企业的解散与清算；⑩违约责任等。合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人按照合伙协议享有权利，履行义务。修改或者补充合伙协议，应当经全体合伙人一致同意；但是，合伙协议另有约定的除外。合伙协议未约定或者约定不明确的事项，由合伙人协商决定；协商不成的，依照《合伙企业法》和其他有关法律、行政法规的规定处理。

（三）有合伙人认缴或者实际缴付的出资

合伙协议生效后，合伙人应当按照合伙协议的规定缴纳出资。合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付期限，履行出资义务。以非货币财产出资的，依照法律、行政法规的规定，需要办理财产权转移手续的，应当依法办理。

（四）有合伙企业的名称和生产经营场所

普通合伙企业应当在其名称中标明“普通合伙”字样，其中，特殊的普通合伙企业应当在其名称中标明“特殊普通合伙”字样，合伙企业的名称必须和“合伙”联系起来，即名称中必须有“合伙”二字。生产经营场所是指合伙企业从事生产经营活动的所在地，一般只有一个，即在企业登记机关登记的营业地点。

（五）法律、行政法规规定的其他条件

普通合作企业的设立应当符合法律、行政法规规定的其他条件。

【例 4-2】 甲、乙、丙拟设立一家普通合伙企业，并订立了一份合伙协议，部分内容如下：

①甲的出资为现金 1 000 元和劳务作价 5 万元；②乙的出资为现金 5 万元，于合伙企业成立后半年内缴付；③丙的出资为作价 8 万元的房屋一栋，不办理财产权转移手续，且丙保留对房屋的处分权；④合伙企业的经营期限，于合伙企业成立满 1 年时再协商确定。

要求：分析该协议的上述四项内容是否符合《合伙企业法》的规定。

【解析】（1）根据《合伙企业法》的规定，合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资；合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估；合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。因此，甲以现金和劳务出资，符合《合伙企业法》的规定。

（2）根据《合伙企业法》的规定，设立合伙企业，应当具备下列条件：①有两个以上合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力；②有书面合伙协议；③有各合伙人认缴或者实际缴付的出资；④有合伙企业的名称和生产经营场所；⑤法律、行政法规规定的其他条件。从上述合伙企业设立条件第三项的规定，有各合伙人认缴或者实际缴付的出资，可知合伙人可以实际一次性缴付出资，也可以“认缴”的形式分期出资，但“认缴”必须在合伙协议中有所体现，不能随意进行。乙的出资于合伙企业成立后半年内缴付符合《合

合伙企业法》的规定。

(3) 根据《合伙企业法》的规定, 合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付期限履行出资义务; 以非货币财产出资的, 依照法律、行政法规的规定, 需要办理财产权转移手续的, 应当依法办理。丙以房屋出资, 但不办理财产权转移手续, 且保留对该房屋的处分权, 则该房屋并未成为合伙企业的财产。因此, 丙的出资不符合《合伙企业法》的规定。

(4) 根据《合伙企业法》的规定, 合伙协议应当载明的事项中并不包括合伙企业的经营期限, 因此, 合伙企业的经营期限并不一定要在合伙企业成立时确定, 该项内容符合《合伙企业法》的规定。

三、普通合伙企业设立的程序#

1. 申请设立登记

设立合伙企业, 应由全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人向企业登记机关申请设立登记。企业登记机关为工商行政管理部门。

2. 申请人向企业登记机关提交相关文件

该类文件有: ①全体合伙人签署的设立登记申请书; ②合伙协议书; ③全体合伙人的身份证明; ④全体合伙人指定的代表或者共同委托代理人的委托书; ⑤全体合伙人对各合伙人认缴或者实际缴付出资的确认书; ⑥经营场所证明; ⑦其他法定的证明文件。

此外, 法律、行政法规规定设立合伙企业须经批准的, 还应当提交有关批准文件。合伙协议约定或者全体合伙人决定, 委托一个或者数个合伙人执行合伙事务的, 还应当提交全体合伙人的委托书。

2. 企业登记机关核发营业执照

合伙企业的营业执照签发日期, 为合伙企业的成立日期。合伙企业领取营业执照前, 合伙人不得以合伙企业名义从事合伙业务。

3. 合伙企业的工商登记

合伙企业设立分支机构, 应当向分支机构所在地的企业登记机关申请登记, 领取营业执照。合伙企业登记事项发生变更的, 执行合伙事务的合伙人应当自作出变更决定或者发生变更事由之日起 15 日内, 向企业登记机关申请办理变更登记。

单元二 普通合伙企业财产概述

一、合伙企业财产的构成#

根据《合伙企业法》的规定, 合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产, 均为合伙企业的财产。

二、合伙企业财产的性质#

合伙企业的财产具有独立性和完整性两方面的特征。所谓独立性, 是指合伙企业的财产独立于合伙人, 合伙人出资以后, 一般说来, 便丧失了对其作为出资部分的财产的所有权或

者持有权、占有权，合伙企业的财产权主体是合伙企业，而不是单独的每一个合伙人。所谓完整性，是指合伙企业的财产作为一个完整的统一体而存在，合伙人对合伙企业财产权益的表现形式仅是依照合伙协议所确定的财产收益份额或者比例。

根据《合伙企业法》的规定，合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产；但是，法律另有规定的除外。

合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意第三人。

三、合伙人财产份额的转让#

合伙人财产份额的转让，是指合伙企业的合伙人向他人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额的行为。《合伙企业法》对合伙人财产份额的转让作了以下限制性规定。

(1) 除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。

(2) 合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人，这样才能产生法律效力。

(3) 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。

合伙人以外的人依法受让合伙人在合伙企业中的财产份额的，经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人，依照《合伙企业法》和修改后的合伙协议享有权利，履行义务。合伙人以外的人成为合伙人须修改合伙协议，未修改合伙协议的，不应算作法律所称的“合伙企业的合伙人”。

此外，由于合伙人财产份额出质可能导致该财产份额依法发生权利转移，《合伙企业法》规定，合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意的，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

【例 4-3】 甲、乙、丙共同出资设立一家合伙企业，在合伙企业存续期间，甲拟以其在合伙企业中的财产份额出质借款。根据合伙企业法律制度的规定，下列表述中正确的有（ ）。

- A. 无须经乙、丙同意，甲可以出质
- B. 经乙、丙同意，甲可以出质
- C. 未经乙、丙同意，甲私自出质的，其行为无效
- D. 未经乙、丙同意，甲私自出质的，按退伙处理

【解析】 正确答案为 BC。合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意的，其行为无效。

【例 4-4】 甲、乙、丙共同开办一家普通合伙企业，后甲与丁约定将合伙企业中甲的财产份额全部转让给丁，丁表示取得甲的财产份额后愿意入伙。下列说法正确的是（ ）。

- A. 丁自然取得合伙企业中甲的财产份额
- B. 如乙、丙同意，丁依法取得合伙人的地位
- C. 如乙、丙不同意丁入伙，必须购买甲的财产份额
- D. 合伙企业应清算，丁分得甲应得的财产份额

【解析】 正确答案为 B。除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人（本例题中的丁）转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。

单元三 普通合伙企业事务执行

一、合伙企业事务执行的形式#

根据《合伙企业法》的规定，合伙人执行合伙企业事务，可以有以下两种形式。

- (1) 全体合伙人共同执行合伙事务。
- (2) 委托一个或者数个合伙人执行合伙事务。

合伙人可以将合伙事务委托一个或者数个合伙人执行，但并非所有的合伙事务都可以委托给部分合伙人决定。根据《合伙企业法》的规定，除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：①改变合伙企业的名称；②改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；③处分合伙企业的不动产；④转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；⑤以合伙企业名义为他人提供担保；⑥聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

【例 4-5】 甲、乙、丙三人共同成立一家普通合伙企业，推举甲为负责人并管理合伙企业的日常事务。后甲在执行企业事务时，未经其他合伙人同意，独自决定以合伙企业的房屋为丁公司向银行贷款提供抵押。要求：分析甲的行为是否符合法律规定。

【解析】 根据《合伙企业法》的规定，除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：①改变合伙企业的名称；②改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；③处分合伙企业的不动产；④转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；⑤以合伙企业名义为他人提供担保；⑥聘任合伙企业以外的人担任合伙企业的经营管理人员。以合伙企业的房屋为丁公司向银行贷款提供抵押，属于合伙企业为他人提供担保，须经全体合伙人一致同意。而甲独自决定实施了该行为，违反了《合伙企业法》的规定。

二、合伙人在执行合伙事务中的权利和义务#

(一) 合伙人在执行合伙事务中的权利

根据《合伙企业法》的规定，合伙人在执行合伙事务中的权利主要包括以下内容。

- (1) 合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。
- (2) 执行合伙事务的合伙人对外代表合伙企业。
- (3) 不执行合伙事务的合伙人的监督权利。
- (4) 合伙人查阅合伙企业会计账簿等财务资料的权利。
- (5) 合伙人有提出异议的权利和撤销委托的权利。

(二) 合伙人在执行合伙事务中的义务

根据《合伙企业法》的规定，合伙人在执行合伙事务中的义务主要包括以下内容。

- (1) 合伙事务执行人向不参加执行事务的合伙人报告企业经营状况和财务状况。
- (2) 合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。
- (3) 合伙人不得同本合伙企业进行交易。
- (4) 合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

三、合伙事务执行的决议办法#

《合伙企业法》规定，合伙人对合伙企业有关事项作出决议，按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。《合伙企业法》对合伙企业的表决办法另有规定的，从其规定。

四、合伙企业的损益分配#

（一）合伙损益

合伙损益包括两方面的内容：一是合伙利润，是指以合伙企业的名义从事经营活动所取得的经济利益，它反映了合伙企业在一定期间的经营成果；二是合伙亏损，是指以合伙企业的名义从事经营活动所形成的亏损。合伙亏损是全体合伙人所共同面临的风险，或者说是共同承担的经济责任。

（二）合伙损益分配原则

合伙损益分配包含合伙企业的利润分配与亏损分担两个方面，对合伙损益分配原则，《合伙企业法》作了原则规定，主要内容如下。

（1）合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理。

（2）合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

（3）合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

五、非合伙人参与经营管理#

在合伙企业中，往往由于合伙人经营管理能力不足，需要在合伙人之外聘任非合伙人担任合伙企业的经营管理人员，参与合伙企业的经营管理工作。《合伙企业法》规定，除合伙协议另有约定外，经全体合伙人一致同意，可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

单元四 普通合伙企业与第三人的关系

一、合伙企业对外代表权的效力#

（一）合伙企业与第三人关系的含义

合伙企业与第三人关系是指合伙企业的外部关系，即合伙企业与合伙企业的合伙人以外的第三人的关系，也就是合伙企业的外部关系。

（二）合伙事务执行中的对外代表权

可以取得合伙企业对外代表权的合伙人，主要有以下三种情况。

（1）由全体合伙人共同执行合伙企业事务的，全体合伙人都有权对外代表合伙企业，即全体合伙人都取得了合伙企业的对外代表权。

（2）由部分合伙人执行合伙企业事务的，只有受委托执行合伙企业事务的那一部分合伙人有权对外代表合伙企业，而不参加执行合伙企业事务的合伙人则不具有对外代表合伙企业的权利。

（3）由于特别授权在单项合伙事务上有执行权的合伙人，依照授权范围可以对外代表合伙企业。

执行合伙企业事务的合伙人在取得对外代表权后，即可以合伙企业的名义进行经营活动，在其授权的范围内作出法律行为。合伙人的这种代表行为，对全体合伙人发生法律效力，即其执行合伙事务所产生的收益归合伙企业，所产生的费用和亏损由合伙企业承担。

（三）合伙企业对外代表权的限制

合伙人执行合伙企业事务的权利和对外代表合伙企业的权利，都会受到一定的内部限制。《合伙企业法》规定，合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人，即当执行合伙企业事务的合伙人给善意第三人造成损失时，合伙企业不能因为有对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，就不对善意第三人承担责任。

二、合伙企业和合伙人的债务清偿#

（一）合伙企业的债务清偿与合伙人的关系

（1）合伙企业财产优先清偿。《合伙企业法》规定，合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。

（2）合伙人的无限连带清偿责任。《合伙企业法》规定，合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

（3）合伙人之间的债务分担和追偿。《合伙企业法》规定，合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

（二）合伙人的债务清偿与合伙企业的关系

在合伙企业存续期间，可能发生个别合伙人因不能偿还其私人债务而被追索的情况。由于合伙人在合伙企业中拥有财产权益，合伙人的债权人可能向合伙企业提出各种清偿请求。为了保护合伙企业和其他合伙人的合法权益，同时保护债权人的合法权益，《合伙企业法》作了如下规定。

（1）合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。

（2）合伙人的自有财产不足以清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以其从合伙

企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

(3) 人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人，其他合伙人有优先购买权；其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，依照《合伙企业法》的规定为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。

【例 4-6】 甲普通合伙企业的合伙人赵某欠个体工商户王某 10 万元债务，王某欠甲合伙企业 5 万元债务已到期。赵某的债务到期后一直未清偿。王某的下列做法中，符合《合伙企业法》规定的是（ ）。

- A. 代位行使赵某在甲合伙企业中的权利
- B. 自行接管赵某在甲合伙企业中的财产份额
- C. 请求人民法院强制执行赵某在甲合伙企业中的财产份额用于清偿
- D. 主张以其债权抵销其对甲合伙企业的债务

【解析】 正确答案为 C。合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。合伙人的自有财产不足以清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

单元五 普通合伙企业入伙与退伙

一、入伙#

入伙，是指在合伙企业存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙，从而取得合伙人资格。

(一) 入伙的条件和程序

《合伙企业法》规定，新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

(二) 新合伙人的权利和责任

一般来讲，入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。但是，如果原合伙人愿意以更优越的条件吸引新合伙人入伙，或者新合伙人愿意以较为不利的条件入伙，也可以在入伙协议中另行约定。关于新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担问题，《合伙企业法》规定，新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

【例 4-7】 甲欲加入乙、丙为合伙人的普通合伙企业，以下各项中，不属于甲在入伙时必须满足的条件是（ ）。

- A. 乙、丙一致同意，并与甲签订书面入伙协议
- B. 乙、丙向甲告知合伙企业的经营状况和财务状况
- C. 甲应向乙、丙说明自己的个人负债情况
- D. 甲应当停止其已经从事的与该合伙企业相竞争的业务活动

【解析】 正确答案为 C。《合伙企业法》规定，新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。据此，甲欲加入乙、丙的普通合伙企业应满足的条件如下：全体合伙人同意、订立书面入伙协议，同时原合伙人负有告知义务，A、B 两项属于甲在入伙时必须满足的条件，因此不选。

《合伙企业法》没有规定甲的告知义务，甲无须说明自己的个人负债情况，因此选 C 项。

《合伙企业法》规定，普通合伙企业合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业竞争的业务；除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易；合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。据此，普通合伙企业合伙人对合伙企业负有竞业禁止义务，甲应当停止其已经从事的与该合伙企业相竞争的业务活动，因此不选 D 项。

二、退伙#

退伙，是指合伙人退出合伙企业，从而丧失合伙人资格。

（一）退伙的原因

合伙人退伙，一般有以下两种原因。

1. 自愿退伙

自愿退伙，是指合伙人基于自愿的意思表示而退伙。自愿退伙可以分为协议退伙和通知退伙两种。

（1）协议退伙。《合伙企业法》规定，合伙协议约定合伙期限的，在合伙企业存续期间，有下列情形之一的，合伙人可以退伙：① 合伙协议约定的退伙事由出现；② 经全体合伙人一致同意；③ 发生合伙人难以继续参加合伙的事由；④ 其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。合伙人违反上述规定退伙的，应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

（2）通知退伙。《合伙企业法》规定，合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前 30 日通知其他合伙人。合伙人违反上述规定退伙的，应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

2. 法定退伙

法定退伙，是指合伙人因出现法律规定的事由而退伙。法定退伙可以分为当然退伙和除名两类。

（1）当然退伙。《合伙企业法》规定，合伙人有下列情形之一的，当然退伙：① 作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；② 个人丧失偿债能力；③ 作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；④ 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；⑤ 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。此外，合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。当然退伙以退伙事由实际发生之日起为退伙生效日。

（2）除名。《合伙企业法》规定，合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可

以决议将其除名：①未履行出资义务；②因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；③执行合伙事务时有不正当行为；④发生合伙协议约定的事由。对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日起，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起 30 日内，向人民法院起诉。

（二）退伙的效果

退伙的效果，是指退伙时退伙人在合伙企业中的财产份额和民事责任的归属变动，分为两种情况：一是财产继承；二是退伙结算。

合伙人退伙以后，并不能解除对于合伙企业既往债务的连带责任。根据《合伙企业法》的规定，退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

【例 4-8】 张某是一家普通合伙企业的合伙人，因车祸被撞成植物人，后被依法宣告为无民事行为能力人，其他合伙人不同意将其转为有限合伙人。据此，张某当然退伙的日期应是（ ）。

- A. 全体合伙人同意其退伙之日
- B. 过半数合伙人同意其退伙之日
- C. 发生车祸被撞成植物人之日
- D. 依法宣告为无民事行为能力人之日

【解析】 正确答案为 D。《合伙企业法》规定，合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。当然退伙以退伙事由实际发生之日为退伙生效日。应当注意的是，是否为无民事行为能力人必须经过法院的认定，故宣告之日方为条文中所规定的“实际发生之日”。

【例 4-9】 甲是合伙企业合伙人，因病身亡，其继承人只有乙。关于乙继承甲的合伙财产份额的下列表述中，符合《合伙企业法》规定的有（ ）。

- A. 乙可以要求退还甲在合伙企业的财产份额
- B. 乙只能要求退还甲在合伙企业的财产份额
- C. 乙因继承而当然成为合伙企业的合伙人
- D. 经其他合伙人同意，乙因继承而成为合伙企业的合伙人

【解析】 正确答案是 AD。《合伙企业法》规定，合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，该合伙人的继承人，依照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，取得该合伙企业的合伙人资格。合法继承人不愿意成为该合伙企业的合伙人的，合伙企业应退还其依法继承的财产份额。

单元六 特殊的普通合伙企业

一、特殊的普通合伙企业的概念#

特殊的普通合伙企业，是指以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构。特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

二、特殊的普通合伙企业的责任形式#

（一）责任承担

《合伙企业法》规定，一个或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。

（二）责任追偿

《合伙企业法》规定，合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定，对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

三、特殊的普通合伙企业的执业风险防范#

特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险。

（1）执业风险基金，主要是指为了化解经营风险，特殊的普通合伙企业从其经营收益中提取相应比例的资金留存或者根据相关规定上缴至指定机构所形成的资金。执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理。

（2）职业保险，又称职业责任保险，是指承保各种专业技术人员因工作上的过失或者疏忽大意所造成的合同一方或者他人的人身伤害或者财产损失的经济赔偿责任的保险。

【例 4-10】 甲、乙、丙三人共同成立一家特殊普通合伙制会计师事务所。甲在为一位客户提供审计业务服务的过程中，因重大过失给客户造成损失 200 万元。下列关于对该损失承担责任的表述中，符合《合伙企业法》规定的有（ ）。

- A. 甲、乙、丙对此损失承担无限连带责任
- B. 甲对此损失承担无限责任
- C. 乙、丙对此损失不承担责任
- D. 乙、丙以其在会计师事务所中的财产份额为限承担责任

【解析】 正确答案为 BD。在特殊的普通合伙企业中，一个或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，因此选项 B 正确，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任，因此选项 D 正确。

单元七 有限合伙企业

一、有限合伙企业的概念及法律适用#

（一）有限合伙企业的概念

有限合伙企业，是指由普通合伙人和有限合伙人共同组成，普通合伙人对合伙企业债务

承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任的合伙组织。有限合伙企业引入有限责任制度，有利于调动各方的投资热情，实现投资者与创业者的最佳组合。

（二）有限合伙企业的法律适用

《合伙企业法》规定了两种类型的企业，即普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业与有限合伙企业之间既有相同点，也有差异处，其中两者的差别主要表现在合伙企业的内部构造上。普通合伙企业的成员均为普通合伙人（特殊的普通合伙企业除外），而有限合伙企业的成员则被划分为两部分，即有限合伙人和普通合伙人。这两部分合伙人在主体资格、权利享有、义务承受与责任承担等方面存在着明显的差异。在法律适用中，凡是《合伙企业法》中对有限合伙企业有特殊规定的，应当适用有关特殊规定。无特殊规定的，适用有关普通合伙企业及其合伙人的一般规定。

二、有限合伙企业设立的特殊规定#

（一）有限合伙企业人数

《合伙企业法》规定，有限合伙企业由 2 个以上 50 个以下合伙人设立；但是，法律另有规定的除外。有限合伙企业至少应当有 1 个普通合伙人。按照规定，自然人、法人和其他组织可以依照法律规定设立有限合伙企业，但国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为有限合伙企业的普通合伙人。

《合伙企业法》规定，有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散；有限合伙企业仅剩普通合伙人的，应当转为普通合伙企业。

（二）有限合伙企业名称

《合伙企业法》规定，有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。为便于社会公众以及交易相对人对有限合伙企业的了解，有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样，而不能标明“普通合伙”、“特殊普通合伙”、“有限公司”、“有限责任公司”等字样。

（三）有限合伙企业协议

有限合伙企业协议是有限合伙企业生产经营的重要法律文件。有限合伙企业协议除符合普通合伙企业合伙协议的规定外，还应当载明下列事项：（1）普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；（2）执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；（3）执行事务合伙人权限与违约处理办法；（4）执行事务合伙人的除名条件和更换程序；（5）有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；（6）有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

（四）有限合伙人出资形式

《合伙企业法》规定，有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资。有限合伙人不得以劳务出资。

（五）有限合伙人出资义务

《合伙企业法》规定，有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。

（六）有限合伙企业登记事项

《合伙企业法》规定，有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。

【例 4-11】 下列关于有限合伙企业设立的特殊规定中，正确的是（ ）。

- A. 有限合伙企业名称中应当标明“有限”字样
- B. 有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人
- C. 有限合伙人可以用劳务出资
- D. 有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及实缴的出资数额

【解析】 正确答案为 B。《合伙企业法》规定，有限合伙企业由 2 个以上 50 个以下合伙人设立；但是，法律另有规定的除外。有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人。有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样，而不能仅仅标明“有限”字样。有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资，但不得以劳务出资。有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。

三、有限合伙企业事务执行的特殊规定#

（一）有限合伙企业事务执行人

《合伙企业法》规定，有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

（二）禁止有限合伙人执行合伙事务

《合伙企业法》规定，有限合伙人不得执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。有限合伙人的下列行为，不视为执行合伙事务：①参与决定普通合伙人入伙、退伙；②对企业的经营管理提出建议；③参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所；④获取经审计的有限合伙企业财务会计报告；⑤对涉及自身利益的情况，查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料；⑥在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼；⑦执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼；⑧依法为本企业提供担保。

另外，《合伙企业法》规定，第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

【例 4-12】 甲、乙、丙、丁共同成立一家有限合伙企业，甲是唯一的普通合伙人，负责合伙事务执行。在合伙协议没有约定的情况下，下列行为不符合法律规定的是（ ）。

- A. 甲以合伙企业的名义向 A 公司购买一批原材料
- B. 乙代表合伙企业与 B 公司签订了一份代销合同
- C. 丙将自有房屋租给合伙企业使用
- D. 丁设立的一人有限公司经营与合伙企业相同的业务

【解析】 正确答案为 B。《合伙企业法》规定，有限合伙人执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

（三）有限合伙企业利润分配

《合伙企业法》规定，有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。

（四）有限合伙人权利

（1）有限合伙人可以同本企业进行交易。《合伙企业法》规定，有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易，但是，合伙协议另有约定的除外。

（2）有限合伙人可以经营与本企业相竞争的业务。《合伙企业法》规定，有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；但是，合伙协议另有约定的除外。

四、有限合伙企业财产出质与转让的特殊规定#

（一）有限合伙人财产份额出质

《合伙企业法》规定，有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质；但是，合伙协议另有约定的除外。

（二）有限合伙人财产份额转让

《合伙企业法》规定，有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前 30 日通知其他合伙人。有限合伙人对外转让其在有限合伙企业的财产份额时，有限合伙企业的其他合伙人有优先购买权。

五、有限合伙人债务清偿的特殊规定#

《合伙企业法》规定，有限合伙人的自有财产不足以清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

六、有限合伙企业入伙与退伙的特殊规定#

（一）入伙

《合伙企业法》规定，新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出

资额为限承担责任。

（二）退伙

（1）有限合伙人当然退伙。《合伙企业法》规定，有限合伙人出现下列情形时当然退伙：

①作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；②作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；③法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；④合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

（2）有限合伙人丧失民事行为能力的处理。《合伙企业法》规定，作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。

（3）有限合伙人继承人的权利。《合伙企业法》规定，作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

（4）有限合伙人退伙后的责任承担。《合伙企业法》规定，有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

【例 4-13】 甲是某合伙企业中的有限合伙人，在该合伙企业经营过程中，甲共取得分配的利润 5 万元。后来，甲因故退伙，退伙清算时甲从该合伙企业分得财产价值 2 万元。甲对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担清偿责任的数额是（ ）万元。

A. 0

B. 2

C. 5

D. 7

【解析】 正确答案为 B。依据《合伙企业法》对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产（本例题中的 2 万元）承担责任。

七、合伙人性质转变的特殊规定#

《合伙企业法》规定，除合伙协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意。有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

单元八 合伙企业的解散和清算

一、合伙企业的解散#

合伙企业的解散，是指各合伙人解除合伙协议，合伙企业终止活动。

根据《合伙企业法》的规定，合伙企业有下列情形之一的，应当解散：①合伙期限届满，合伙人决定不再经营；②合伙协议约定的解散事由出现；③全体合伙人决定解散；④合伙人已不具备法定人数满 30 日；⑤合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；⑥依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；⑦法律、行政法规规定的其他原因。

二、合伙企业的清算#

合伙企业解散后，应当进行清算。《合伙企业法》对合伙企业清算作了以下几方面的规定：

（一）确定清算人

合伙企业解散，应当由清算人进行清算。清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后 15 日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人担任清算人。自合伙企业解散事由出现之日起 15 日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

（二）清算人职责

清算人在清算期间执行下列事务：①清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；②处理与清算有关的合伙企业未了结事务；③清缴所欠税款；④清理债权、债务；⑤处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；⑥代表合伙企业参加诉讼或者仲裁活动。

（三）通知和公告债权人

清算人自被确定之日起 10 日内将合伙企业解散事项通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算人申报债权。债权人申报债务，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算人应当对债权进行登记。清算期间，合伙企业存续，但不得开展与清算无关的经营活动。

（四）财产清偿顺序

合伙企业财产在支付清算费用和职工工资、社会保险费用、法定补偿金以及缴纳所欠税款、清偿债务后的剩余财产，依照《合伙企业法》关于利润分配和亏损分担的规定进行分配。

【例 4-14】 某普通合伙企业决定解散，经清算人确认：企业欠职工工资和社会保险费用 10 000 元，欠国家税款 8 000 元，另外发生清算费用 3 000 元。下列几种财产清偿顺序中，符合合伙企业法律制度规定的是（ ）。

- A. 先支付职工工资和社会保险费用，再缴纳税款，然后支付清算费用
- B. 先缴纳税款，再支付职工工资和社会保险费用，然后支付清算费用
- C. 先支付清算费用，再缴纳税款，然后支付职工工资和社会保险费用
- D. 先支付清算费用，再支付职工工资和社会保险费用，然后缴纳税款

【解析】 正确答案为 D。根据《合伙企业法》规定，合伙企业的财产在支付清算费用后的清偿顺序如下：合伙企业职工工资、社会保险费用和法定补偿金；缴纳所欠税款；清偿债务。

（五）注销登记

清算结束，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，申请办理合伙企业注销登记。经企业登记机关注销登记，合伙企业终止。合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

（六）合伙企业不能清偿到期债务的处理

合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

单元九 违反《合伙企业法》的法律责任

一、违法行为及其法律责任#

（一）合伙人违法行为应承担的法律责任

（1）违反《合伙企业法》规定，提交虚假文件或者采取其他欺骗手段，取得合伙企业登记的，由企业登记机关责令改正，处以 5 000 元以上 5 万元以下的罚款；情节严重的，撤销企业登记，并处以 5 万元以上 20 万元以下的罚款。

（2）违反《合伙企业法》规定，合伙企业未在其名称中标明“普通合伙”、“特殊普通合伙”或者“有限合伙”字样的，由企业登记机关责令限期改正，处以 2 000 元以上 1 万元以下的罚款。

（3）违反《合伙企业法》规定，未领取营业执照，而以合伙企业或者合伙企业分支机构名义从事合伙业务的，由企业登记机关责令停止经营活动，处以 5 000 元以上 5 万元以下的罚款。

（4）合伙企业登记事项发生变更时，未依照规定办理变更登记的，由企业登记机关责令限期改正；逾期不办理登记的，处以 2 000 元以上 2 万元以下的罚款。合伙企业登记事项发生变更，执行合伙事务的合伙人未按期申请办理变更登记的，应当赔偿由此给合伙企业、其他合伙人或者善意第三人造成的损失。

（5）合伙人执行合伙事务，或者合伙企业从业人员利用职务上的便利，将应当归合伙企业的利益据为己有的，或者采取其他手段侵占合伙企业财产的，应当将该利益和财产退还合伙企业；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（6）合伙人对《合伙企业法》规定或者合伙协议约定必须经全体合伙人一致同意始得执行的事务，擅自处理，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（7）不具有事务执行权的合伙人擅自执行合伙事务，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（8）合伙人违反《合伙企业法》规定或者合伙协议的约定，从事与本合伙企业相竞争的业务或者与本合伙企业进行交易的，该收益归合伙企业所有；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（9）合伙人违反合伙协议的，应当依法承担违约责任。合伙人履行合伙协议发生争议的，可以通过协商或者调解解决。不愿通过协商、调解解决或者协商、调解不成的，可以按照合伙协议约定的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议，向仲裁机构申请仲裁。合伙协议中未订立仲裁条款，事后又没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

（二）合伙企业清算人违法行为应承担的法律责任

（1）清算人未按照《合伙企业法》规定向企业登记机关报送清算报告，或者报送清算报告隐瞒重要事实，或者有重大遗漏的，由企业登记机关责令改正。由此产生的费用和损失，由清算人承担和赔偿。

（2）清算人执行清算事务，牟取非法收入或者侵占合伙企业财产的，应当将该收入和侵占的财产退还合伙企业；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（3）清算人违反《合伙企业法》规定，隐匿、转移合伙企业财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载，或者在未清偿债务前分配财产，损害债权人利益的，依法承担赔偿责任。

（三）行政管理机关及其人员违法行为应承担的法律责任

有关行政管理机关的工作人员违反规定，滥用职权、徇私舞弊、收受贿赂、侵害合伙企业合法权益的，依法给予行政处分。

二、其他有关规定#

（一）违反《合伙企业法》的刑事责任

违反《合伙企业法》的规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（二）民事赔偿和缴纳罚款、罚金的承担顺序

违反《合伙企业法》的规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付的，先承担民事赔偿责任。



一、单项选择题

- 根据《合伙企业法》的有关规定，普通合伙人承担合伙企业债务责任的方式是（ ）。
 - 对外承担连带责任，对内承担按份责任
 - 对内对外均承担连带责任
 - 对内对外均承担按份责任
 - 对内承担连带责任，对外承担按份责任
- 甲为 A 普通合伙企业的合伙人，因故欠合伙企业以外的乙人民币 10 万元，无力用个人财产清偿。乙在不满足于用甲从 A 合伙企业分得的收益偿还其债务的情况下，可以采取的合法行为是（ ）。
 - 代位行使甲在 A 合伙企业的权利
 - 请求人民法院强制执行甲在 A 合伙企业的财产份额用于清偿
 - 要求抵销所欠 A 合伙企业的部分货款
 - 直接变卖甲在 A 合伙企业的财产份额用于清偿
- 甲、乙、丙拟设立一家普通合伙企业，出资比例为 4:4:2。合伙协议约定的利润分配和亏损分担的下列表述中，不符合《合伙企业法》规定的是（ ）。

- A. 按 4:4:2 的比例分配损益
B. 在合伙人之间平均分配损益
C. 按 3:3:4 的比例分配损益
D. 利润按 3:3:4 的比例分配, 亏损由丙承担
4. 合伙人对合伙企业有关事项作出决议, 应当按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的, 下列各项中, 其表决办法符合《合伙企业法》规定的是()。
- A. 实行合伙人一人一票
B. 实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过
C. 实行合伙人一人一票并经全体合伙人 2/3 以上通过
D. 实行合伙人一人一票并经全体合伙人一致通过
5. 某普通合伙企业存续期间, 合伙人甲准备向合伙人以外的乙转让其在合伙企业中的部分财产份额时, 如果合伙协议对此没有约定, 正确的做法是()。
- A. 由甲自行决定
B. 由甲和乙协商决定
C. 经全体合伙人过半数同意
D. 经其他合伙人一致同意
6. 根据《合伙企业法》的规定, 下列有关普通合伙企业的说法正确的是()。
- A. 修改或者补充合伙协议, 应当经全体合伙人一致同意, 不允许合伙协议另有约定
B. 合伙人的出资方式、数额和缴付期限是合伙协议必须记载的事项
C. 合伙企业解散清算委托第三人担任清算人的, 需要经全体合伙人一致同意
D. 合伙人之间约定的合伙企业亏损的分担比例对合伙人和债权人均有约束力
7. 《合伙企业法》仅适用于其规定的合伙形态, 下列各项中, 不适用该法的是()。
- A. 律师事务所
B. 会计师事务所
C. 三人出资开设的合伙制网吧
D. 两个自然人出资设立的有限责任公司
8. 甲、乙、丙、丁共同投资成立了一家有限合伙企业, 但是在企业名称中没有标明“有限合伙”字样, 按照规定此时企业登记机关可以责令限期改正, 并处以()的罚款。
- A. 2 000 元以上 10 000 元以下
B. 5 000 元以上 20 000 元以下
C. 10 000 元以上 20 000 元以下
D. 2 000 元以上 5 000 元以下
9. 甲、乙、丙三人成立有限合伙企业, 其中甲为普通合伙人, 乙和丙均为有限合伙人, 经营一段时间后, 按照合伙协议的约定, 乙和丙相继转换为普通合伙人, 对于这种情况, 下列说法正确的是()。
- A. 该合伙企业应当解散
B. 该合伙企业应当转变为普通合伙企业
C. 该合伙企业应当转变为特殊的有限合伙企业
D. 乙和丙不得全部转变为普通合伙人
10. 某有限合伙企业吸收甲为该企业的有限合伙人。对甲入伙前该企业既有的债务, 下列表述中, 符合《合伙企业法》规定的是()。
- A. 甲不承担责任
B. 甲以其认缴的出资额承担责任
C. 甲以其实缴的出资额承担责任
D. 甲承担无限责任

二、多项选择题

1. 根据《合伙企业法》的规定, 下列人员中, 应对普通合伙企业债务承担连带责任的有()。

- A. 合伙企业全体合伙人
 - B. 合伙企业债务发生后办理入伙的合伙人
 - C. 合伙企业债务发生后办理退伙的合伙人
 - D. 合伙企业聘用的经营管理人员
2. 某普通合伙企业发生的下列情形中, 属于可以经其他合伙人一致决议而被除名的情形有 ()。
- A. 甲合伙人在执行合伙事务中有贪污合伙企业财产的行为
 - B. 乙合伙人有部分出资尚未缴付
 - C. 丙合伙人个人丧失偿债能力
 - D. 丁合伙人在执行合伙事务的同时参加了另一同类营业的合伙组织
3. 下列关于有限合伙企业的组成, 说法错误的有 ()。
- A. 可以全部由有限合伙人组成
 - B. 可以全部由普通合伙人组成
 - C. 由有限合伙人和普通合伙人组成
 - D. 以上说法都正确
4. 下列关于特殊的普通合伙企业的描述正确的有 ()。
- A. 特殊的普通合伙企业名称中需要标明“特殊普通合伙”字样
 - B. 合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任
 - C. 特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险
 - D. 合伙形式的律师事务所、会计师事务所可以采用特殊普通合伙企业形式
5. 下列各项中, 有限合伙企业因下列原因应予解散的有 ()。
- A. 合伙人不具备法定人数满 15 日
 - B. 依法被吊销营业执照
 - C. 仅剩有限合伙人
 - D. 仅剩普通合伙人
6. 下列有关有限合伙人的表述中, 符合《合伙企业法》规定的有 ()。
- A. 有限合伙人可以以其在有限合伙企业中的财产份额出质
 - B. 有限合伙人可以根据合伙协议的约定执行合伙事务
 - C. 有限合伙人不可以以劳务出资
 - D. 有限合伙人按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额, 须通知其他合伙人
7. 有限合伙企业中的合伙人身份可能会发生变化, 对此下列说法正确的有 ()。
- A. 有限合伙企业仅剩有限合伙人的, 应当转为有限公司
 - B. 有限合伙企业仅剩普通合伙人的, 应当转为普通合伙企业
 - C. 除合伙协议另有约定外, 普通合伙人转变为有限合伙人, 应当经全体合伙人一致同意
 - D. 除合伙协议另有约定外, 有限合伙人转变为普通合伙人, 应当经全体合伙人一致同意
8. 有限合伙人的自有财产不足以清偿其与合伙企业无关的债务的, ()。
- A. 债权人可以要求其他合伙人清偿
 - B. 该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿
 - C. 债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿
 - D. 无须再清偿

9. 下列各项内容中,符合有限合伙人退伙规定的有()。

- A. 作为有限合伙人的自然人在合伙期间丧失民事行为能力的,属于当然退伙
- B. 有限合伙人自然死亡,其继承人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格
- C. 有限合伙人退伙后,对其退伙前合伙企业发生的债务,以其退伙时取回的财产承担责任
- D. 作为有限合伙人的法人依法被吊销营业执照的,当然退伙

10. 普通合伙企业的下列事项中,除合伙协议另有约定外,应当经合伙企业全体合伙人一致同意的有()。

- A. 处分合伙企业的不动产
- B. 改变合伙企业名称
- C. 合伙人之间转让在合伙企业中的财产份额
- D. 以合伙企业名义为他人提供担保

三、判断题

1. 《合伙企业法》赋予了合伙人对事务执行提出异议的权利,合伙人分别执行合伙事务的,执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时,应当终止该项事务的执行。()

2. 普通合伙企业中,全体合伙人可以共同执行合伙事务,也可以委托一个合伙人执行合伙事务,但是不可以委托数个合伙人执行合伙事务。()

3. 甲、乙在讨论普通合伙企业的有关规定,甲说在普通合伙企业中的任何情况下,合伙人都应该按照法律规定对合伙企业债务承担无限连带责任;甲的观点是正确的。()

4. 甲、乙、丙三人设立一家普通合伙企业,后甲将其在合伙企业中的全部财产份额转让给乙,仅仅通知了丙,但是没有征得丙的同意,那么甲、乙之间的财产份额转让不符合《合伙企业法》的规定。()

5. 我国现行法律允许企业法人成为合伙企业的合伙人。()

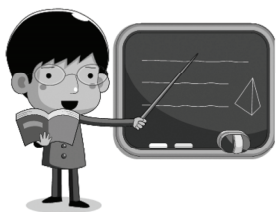
6. 甲、乙、丙、丁共同投资成立了一家合伙企业,甲执行合伙事务,甲把应当归合伙企业的利益据为己有,此时甲应该把利益退还合伙企业,同时赔偿合伙企业由此造成的损失。()

7. 合伙企业中,合伙协议约定的经营期限届满的,合伙企业应当解散。()

8. 除合伙协议另有约定外,有限合伙企业的有限合伙人将其在有限合伙企业中的财产份额出质的,须经其他合伙人同意。()

9. A有限合伙企业中的有限合伙人甲,另外还经营一家与A企业相同业务的个人独资企业,经查,A企业的合伙协议中没有对这种行为进行约定,那么甲的做法是符合规定的。()

10. 三个上市公司甲、乙、丙合伙成立了一个有限合伙企业,这是符合规定的。()



模块五

外商投资企业法



知识目标

掌握合营企业的注册资本与投资总额、各方的出资方式、出资期限、出资额的转让、组织形式和组织机构。掌握合作企业的注册资本、投资与合作条件、组织形式和组织机构、经营管理。掌握外资企业的注册资本、外国投资者的出资、财务会计管理；熟悉外商投资企业的投资项目，各类外商投资企业的设立、经营期限、解散、清算；了解外商投资企业的概念、种类。

技能目标

培养学生解决合营企业、合作企业、外资企业在设立、经营、解散等实际问题的能力。

态度目标

培养外商投资企业依法经营的法律意识。



案例导读

中、德双方企业共同建立一家中外合资经营企业，双方约定：合资企业的组织形式为股份有限公司；德方在出资比例中所占比重为 20%；全部注册资本为 200 万美元；企业投资总额为 600 万美元；双方按注册资本分享利润，分担风险和损失；合营企业股东大会为最高权力机构，以企业总经理为法定代表人。问：该合营企业在设立中有何不符合《中外合资经营企业法》的地方？该合同应如何订立？

单元一 外商投资企业的概念、种类和投资项目

一、外商投资企业的概念#

外商投资企业，是指外国投资者依照中华人民共和国法律的规定，并经中国政府批准，在中国境内举办的企业。外商投资企业具有以下基本特征。

- (1) 外商投资企业是外商直接投资举办的企业。
- (2) 外商投资企业是吸引外国私人投资举办的企业。

(3) 外商投资企业是依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，在中国境内设立的企业。

二、外商投资企业的种类#

根据我国有关法律和行政法规的规定，我国目前的外商投资企业主要有以下几种：

（一）中外合资经营企业

中外合资经营企业又称股权式合营企业。它是指外国公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的公司、企业或者其他经济组织，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，由双方共同投资、共同经营，按照各自的出资比例共担风险、共负盈亏的企业。

（二）中外合作经营企业

中外合作经营企业又称契约式合营企业。它是指外国公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的公司、企业或者其他经济组织，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，由双方通过合作经营企业合同约定各自的权利和义务的企业。

（三）外资企业

外资企业又称外商独资经营企业。它是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，全部资本由外国投资者投资的企业。但不包括外国公司、企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构。

三、外商投资企业的投资项目#

为了使外商投资企业的投资项目与我国国民经济和社会发展规划相适应，并有利于保护投资者的合法权益，2002年2月21日国务院发布了《指导外商投资方向规定》，并自2002年4月1日起施行。

根据《指导外商投资方向规定》的规定，外商投资企业的投资项目分为鼓励、限制、禁止和允许四类。

（一）鼓励类外商投资项目

属于下列情形之一的，列为鼓励类外商投资项目：（1）属于农业新技术、农业综合开发和能源、交通、重要原材料工业的；（2）属于高新技术、先进适用技术，能够改进产品性能、提高企业技术经济效益或者生产国内生产能力不足的新设备、新材料的；（3）适应市场需求，能够提高产品档次、开拓新兴市场或者增加产品国际竞争能力的；（4）属于新技术、新设备，能够节约能源和原材料、综合利用资源和再生资源以及防治环境污染的；（5）能够发挥中西部地区的人力和资源优势，并符合国家产业政策的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。

鼓励类外商投资项目，除依照有关法律、行政法规的规定享受优惠待遇外，从事投资额大、回收期长的能源、交通、城市基础设施（煤炭、石油、天然气、电力、铁路、公路、港口、机场、城市道路、污水处理、垃圾处理等）建设、经营的，经批准，可以扩大与其相关的经营范围。

（二）限制类外商投资项目

属于下列情形之一的，列为限制类外商投资项目：（1）技术水平落后的；（2）不利于节约资源和改善生态环境的；（3）从事国家规定实行保护性开采的特定矿种勘探、开采的；（4）属于国家逐步开放的产业的；（5）法律、行政法规规定的其他情形。

（三）禁止类外商投资项目

属于下列情形之一的，列为禁止类外商投资项目：（1）危害国家安全或者损害社会公众利益的；（2）对环境造成污染损害，破坏自然资源或者损害人体健康的；（3）占用大量耕地，不利于保护、开发土地资源的；（4）危害军事设施安全和使用效能的；（5）运用我国特有工艺或者技术生产产品的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。

（四）允许类外商投资项目

不属于鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目，为允许类外商投资项目。

产品全部直接出口的允许类外商投资项目，视为鼓励类外商投资项目。产品出口销售额占其产品销售总额 70%以上的限制类外商投资项目，经省、自治区、直辖市及计划单列市人民政府或者国务院主管部门批准，可以视为允许类外商投资项目。

【例 5-1】 根据《指导外商投资方向规定》的有关规定，下列各项中，属于国家限制类外商投资项目的有（ ）。

- A. 运用我国特有工艺生产产品的项目
- B. 不利于节约资源的项目
- C. 技术水平落后的项目
- D. 不利于改善生态环境的项目

【解析】 正确答案为 BCD。选项 A 属于禁止类外商投资项目。

单元二 中外合资经营企业法

一、中外合资经营企业的设立

（一）设立合营企业的条件

在中国境内设立中外合资经营企业（简称合营企业），应当符合国家《指导外商投资方向规定》及《外商投资产业指导目录（2011 年修订）》的规定。申请设立合营企业有下列情况之一的，不予批准：①有损中国主权的；②违反中国法律的；③不符合中国国民经济发展要求的；④造成环境污染的；⑤签订的协议、合同、章程显属不公平，损害合营一方权益的。

（二）设立合营企业的审批机关

设立合营企业的审批机关是商务部或者省级商务主管部门。除按照国家有关规定由商务部负责审批的合营企业外，其他合营企业的设立由省级商务主管部门审批，报商务部备案。

（三）设立合营企业的法律程序

（1）由中外合营者共同向审批机关报送有关文件。申请设立合营企业，中外合营者须共同向审批机关报送下列文件：①设立合营企业的申请书；②合营各方共同编制的可行性研究报告；③由合营各方授权代表签署的合营企业协议、合同和章程；④由合营各方委派的合营企业董事长、副董事长、董事人选名单；⑤审批机关规定的其他文件。

（2）审批机关审批。审批机关应当在收到全部文件之日起3个月内决定批准或者不批准。审批机关如发现报送的文件有不当之处，应当要求限期修改，否则不予批准。合营企业经批准后由审批机关发给批准证书。

（3）办理工商登记。合营企业应当自收到批准证书后1个月内按照国家有关规定，向工商行政管理机关办理登记手续，领取营业执照，开始营业。合营企业的营业执照签发日期，即为该合营企业的成立日期。

二、中外合资经营企业的注册资本与投资总额#

（一）合营企业的注册资本

合营企业的注册资本，是指为设立合营企业在工商行政管理机关登记注册的资本，应为合营各方认缴的出资额之和。依照我国有关法律、法规的规定，合营企业的注册资本应当符合下列要求。

（1）在合营企业的注册资本中，外国合营者的出资比例一般不低于25%，这是外国合营者认缴出资的最低限额。对其最高限额法律没有明确规定。

（2）合营企业在合营期限内，不得减少其注册资本。但因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少注册资本的，须经审批机关批准。对合营企业在合营期限内增加注册资本，法律没有禁止。但是，合营企业增加注册资本应当经合营各方协商一致，并由董事会会议通过，报经原审批机关核准。合营企业增加、减少注册资本后，应当修改合营企业章程，并办理变更注册资本登记手续。

（3）合营企业的注册资本应符合《公司法》规定的有限责任公司注册资本的最低限额。

（二）合营企业的投资总额

合营企业的投资总额，是指按照合营企业的合同、章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和，由注册资本与借款构成。合营企业的借款是指为弥补投资总额的不足，以合营企业的名义向金融机构借入的款项。

合营企业的注册资本和投资总额之间应当保持适当、合理的比例。现行有关规定如下：

①合营企业的投资总额在300万（含300万）美元以下的，注册资本至少应占投资总额的7/10；②合营企业的投资总额在300万美元以上至1000万（含1000万）美元的，注册资本至少应占投资总额的1/2，其中投资总额在420万美元以下的，注册资本不得低于210万美元；③合营企业的投资总额在1000万美元以上至3000万（含3000万）美元的，注册资本至少应占投资总额的2/5，其中投资总额在1250万美元以下的，注册资本不得低于500万美元；④合营企业的投资总额在3000万美元以上的，注册资本至少应占投资总额的1/3，

其中投资总额在 3 600 万美元以下的，注册资本不得低于 1 200 万美元。

合营企业如遇特殊情况不能执行此规定，由商务部会同国家工商行政管理机关批准。

【例 5-2】 国内企业甲与外国投资者乙共同投资举办中外合资经营企业丙，其中甲出资 60%，乙出资 40%；投资总额为 400 万美元。下列有关甲、乙出资额的表述中，符合中外合资经营企业法律制度规定的是（ ）。

- A. 甲至少应出资 240 万美元，乙至少应出资 160 万美元
- B. 甲至少应出资 126 万美元，乙至少应出资 84 万美元
- C. 甲至少应出资 120 万美元，乙至少应出资 80 万美元
- D. 甲至少应出资 168 万美元，乙至少应出资 112 万美元

【解析】 正确答案为 B。根据中外合资经营企业法律制度的规定，合营企业的投资总额在 300 万美元以上至 1 000 万（含 1 000 万）美元的，注册资本至少应占投资总额的 1/2，其中投资总额在 420 万美元以下的，注册资本不得低于 210 万美元。因此，甲至少应出资： $210 \times 60\% = 126$ （万美元）；乙至少应出资： $210 \times 40\% = 84$ （万美元）。

三、中外合资经营企业合营各方的出资方式、出资期限#

（一）合营企业合营各方的出资方式

（1）合营企业合营各方可以用货币出资，也可以用建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。以建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术作为出资的，其作价由合营各方按照公平合理的原则协商确定，或者聘请合营各方同意的第三者评定。

（2）外国合营者以货币出资时，只能以外币缴付出资，不能以人民币缴付出资。外国合营者出资的外币，应当按缴款当日中国人民银行公布的基准汇率折算成人民币或者套算成约定的外币。中国合营者出资的人民币现金，需要折算成外币的，应当按缴款当日中国人民银行公布的基准汇率折算。

（3）作为外国合营者出资的机器设备或者其他物料，应当是合营企业生产所必需的，且出资的机器设备或者其他物料的作价，不得高于同类机器设备或者其他物料当时的国际市场价格。外国合营者作为出资的机器设备或者其他物料，应当报审批机关批准。

（4）作为外国合营者出资的工业产权或专有技术，必须符合下列条件之一：①能显著改进现有产品的性能、质量，提高生产效率的；②能显著节约原材料、燃料、动力的。外国合营者以工业产权或者专有技术作为出资，应当提交该工业产权或专有技术的有关资料，包括专利证书或者商标注册证书的复制件、有效状况及其技术特性、实用价值、作价的计算根据、与中国合营者签订的作价协议等有关文件，作为合营合同的附件。外国合营者作为出资的工业产权或专有技术，应当报审批机关批准。

（5）中国合营者可以用为合营企业经营期间提供的场地使用权作为出资，其作价金额应当与取得同类场地使用权所应缴纳的使用费相同。如果场地使用权未作为中国合营者出资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳场地使用费。

（6）合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资，必须是合营者自己所有的现金、自己所有并且未设立任何担保物权的建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、

专有技术等。凡是以建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术作价出资的，出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明。

(7) 合营企业任何一方不得用以合营企业名义取得的贷款、租赁的设备或者其他财产以及合营者以外的他人财产作为自己的出资，也不得以合营企业的财产和权益或者合营他方的财产和权益为其出资担保。

【例 5-3】 外国投资者的下列出资方式中，不符合中外合资经营企业法律制度规定的是()。

- A. 以机器设备出资
- B. 以工业产权出资
- C. 以已作质物的专利权出资
- D. 以外币出资

【解析】 正确答案为 C。根据中外合资经营企业法律制度的规定，合营企业各方可以现金、实物、工业产权等进行出资。外国经营者作为出资的技术和设备，必须是适合我国需要的先进技术和设备。已作质物的专利权不能作为外国投资者的出资方式。故选项 C 不符合规定。

【例 5-4】 在中国甲公司与外国乙公司拟订的设立中外合资经营企业的协议草案中，下列有关出资方式的约定中，符合中外合资经营企业法律制度规定的是()。

- A. 甲公司通过乙公司提供财产担保从银行贷款作为出资
- B. 甲公司以已作抵押的厂房作为出资
- C. 乙公司以人民币现金作为出资
- D. 乙公司以外币资产作为出资

【解析】 正确答案为 D。根据《中外合资经营企业法》的规定，合营企业任何一方不得用以合营企业名义取得的贷款、租赁的设备或者其他财产以及合营者以外的他人财产作为自己的出资，也不得以合营企业的财产和权益或者合营他方的财产和权益为其出资担保，故选项 A 错误；合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资，必须是合营者自己所有的现金、自己所有并且未设立任何担保物权的建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术等，故选项 B 错误；外国合营者以货币出资时，只能以外币缴付出资，不能以人民币缴付出资，故选项 C 错误；选项 D 正确。

(二) 合营企业合营各方的出资期限

合营各方应当在合营合同中订明出资期限，并且应当按照合营合同规定的期限缴清各自的出资。合营合同规定一次缴清出资的，合营各方应当自营业执照签发之日起 6 个月内缴清；合营合同规定分期缴付出资的，合营各方第一期出资，不得低于各自认缴出资额的 15%，并且应当在营业执照签发之日起 3 个月内缴清。

合营企业合同经审批后，如确因特殊情况需要超过合同规定的缴资期限延期缴资的，应报原审批机关批准和登记机关备案，并办理相关手续。合营企业的投资者均须按合同规定的比例和期限同步缴付认缴的出资额。因特殊情况不能同步缴付的，应报原审批机关批准，并按实际缴付的出资额比例分配收益。对合营企业控股的投资者，在其实际缴付的投资额未达到其认缴的全部出资额之前，不能取得企业决策权，不得将其在企业中的权益、资产以合并报表的方式纳入该投资者的财务报表。

【例 5-5】 下列关于合营企业合营各方出资的表述中，符合中外合资经营企业法律制度规定的是()。

- A. 合营合同规定一次缴清出资的, 合营各方应自营业执照签发之日起 9 个月内缴清
- B. 合营合同规定分期缴付出资的, 合营各方第一期出资, 不得低于投资总额的 15%
- C. 合营一方未按合同规定按期缴清出资的, 即为自动退出合营企业
- D. 对合营企业控股的投资者, 在其实际缴付的投资额未达到其认缴的全部出资额之前, 不能取得企业决策权

【解析】 正确答案为 D。根据《中外合资经营企业法》的规定, 合营合同规定一次缴清出资的, 合营各方应自营业执照签发之日起 6 个月内缴清, 因此选项 A 错误; 合营合同规定分期缴付出资的, 合营各方第一期出资不得低于“各自认缴出资额”的 15%, 并且在 3 个月内缴清, 因此选项 B 错误; 合营一方未按合同规定如期缴付出资的, 即“构成违约”, 因此选项 C 错误。

四、中外合资经营企业出资额的转让#

合营企业出资额的转让, 是指在合营企业中合营一方将其全部或部分出资额转让给合营企业另一方或第三者。

(一) 合营企业出资额的转让条件

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定, 合营企业出资额的转让必须具备如下条件, 才能具有法律效力。

(1) 合营企业出资额的转让须经合营各方同意。虽然出资额的转让是转让方与受让方之间的协议, 但转让生效后, 受让方一般会成为合营企业的主体, 参与企业的经营管理, 必然涉及合营他方的利益。为了保护合营他方的合法权益, 出资额的转让必须经合营各方同意。

(2) 合营企业出资额的转让须经董事会会议通过后, 报原审批机关批准。出资额转让生效后, 合营企业的主体发生了变更, 有时会影响到企业法律性质的变化。为了维护国家利益和加强对合营企业的管理, 合营企业出资额的转让必须经董事会会议通过后报原审批机关批准, 接受国家对出资额转让的审查。

(3) 合营企业一方转让其全部或部分出资额时, 合营他方有优先购买权, 即合营一方向第三者转让出资额的条件, 不得比向合营他方转让的条件优惠。

(二) 合营企业出资额的转让程序

(1) 申请出资额转让。当合营一方提出转让出资额要求时, 合营他方应认真研究其是否正当、合法。

(2) 董事会审查决定。在确定合营企业出资额转让时, 董事会应召集董事会会议进行审查。

(3) 报审批机关批准。合营企业出资额转让经董事会审查后, 应报原审批机关批准。

(4) 办理变更登记手续。转让出资额经审批机关批准后, 合营企业应向原登记管理机关办理变更登记手续。

【例 5-6】 根据中外合资经营企业法律制度的规定, 下列各项中, 属于中外合资经营企业合营一方转让出资额必须符合的条件有 ()。

- A. 通知合营各方
- B. 经合营各方同意

C. 经董事会会议通过

D. 经原审批机关批准

【解析】 正确答案为BCD。根据《中外合资经营企业法》及实施条例的规定，合营企业出资额的转让必须具备如下条件，才具有法律效力：(1)合营企业出资额的转让须经合营各方同意；(2)合营企业出资额的转让须经董事会会议通过后，报原审批机关批准；(3)合营一方转让其全部或部分出资额时，合营他方有优先购买权。

五、中外合资经营企业的组织形式和组织机构#

(一) 合营企业的组织形式

合营企业的组织形式为有限责任公司。合营企业合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限，合营企业以其全部资产对其债务承担责任。

(二) 合营企业的组织机构

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，合营企业的组织机构是董事会和经营管理机构。

1. 董事会

董事会是合营企业的最高权力机构，决定合营企业的一切重大问题。董事会由董事长、副董事长及董事组成。董事会成员不得少于3人。董事长和副董事长由合营各方协商确定或者由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长。董事长是合营企业的法定代表人。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定，董事由合营各方按照分配的名额委派和撤换。董事任期4年，可以连任。

【例 5-7】 甲公司为依《公司法》设立的有限责任公司，乙公司为依《中外合资经营企业法》设立的有限责任公司。下列有关甲、乙两公司区别的表述中，符合法律规定的是()。

A. 甲公司的股东按照投资比例分配利润和分担亏损，而乙公司的股东按照合同约定的比例分配利润和分担亏损

B. 甲公司的最高权力机构为股东会，而乙公司的最高权力机构为董事会

C. 甲公司的最低注册资本为人民币3万元，而乙公司的注册资本可以低于人民币3万元

D. 甲公司股东的出资必须在公司成立时一次缴足，而乙公司股东的出资可以分期缴付

【解析】 正确答案为B。根据《中外合资经营企业法》的规定，中外合资经营企业的股东按照投资比例分配利润和分担亏损；中外合资经营企业的注册资本应符合《公司法》规定的有限责任公司的注册资本的最低限额。根据《公司法》的规定，有限责任公司的股东可以分期缴付出资。因此，只有选项B正确。

2. 经营管理机构

经营管理机构负责合营企业的日常经营管理工作。经营管理机构设总经理1人，副总经理若干人，其他高级管理人员若干人。总经理、副总经理由合营企业董事会聘请，可以由中国公民担任，也可以由外国公民担任。总经理执行董事会会议的各项决议，组织领导合营企业的日常经营管理工作。在董事会授权范围内，总经理对外代表合营企业，对内任免下属人员，行使董事会授予的其他职权。

【例 5-8】 合营企业的组织形式为有限责任公司，下列有关该类企业组织机构的表述中，

符合中外合资经营企业法律制度规定的是()。

- A. 企业设立股东会, 为企业的最高权力机构
- B. 企业设立董事会, 决定企业的一切重大问题
- C. 企业董事长不得兼任总经理
- D. 企业总经理必须由中国公民担任

【解析】 正确答案为 B。根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定, 合营企业不设立股东会而设立董事会, 董事会为权力机构, 决定合营企业的一切重大问题, 因此选项 A 错误, 选项 B 正确; 合营企业董事长、副董事长、董事可以兼任经理, 因此选项 C 错误; 总经理、副总经理由合营企业董事会聘请, 可以由中国公民担任, 也可以由外国公民担任, 因此选项 D 错误。

六、中外合资经营企业的期限、解散和清算#

(一) 合营企业的期限

合营企业的合营期限, 是指合营各方根据中国的法律、行政法规的规定和合营企业经营目标的期望, 在合营企业协议、合同或者章程中对合营企业存续期间的规定。有关合营企业的合营期限的具体规定如下。

(1) 举办的合营企业属于下列行业的, 合营各方应当依照国家有关法律、行政法规的规定, 在合营合同中约定合营企业的合营期限。这些行业包括: ①服务性行业的, 如饭店、公寓、写字楼、娱乐、饮食、出租汽车、彩扩、洗相、维修、咨询等; ②从事土地开发及经营房地产的; ③从事资源勘查开发的; ④国家规定限制投资项目的; ⑤国家其他法律、法规规定需要约定合营期限的。

合营企业的合营期限, 一般项目原则上为 10~30 年。投资大、建设周期长、资金利用率低的项目以及外国合营者提高先进技术或者关键技术生产尖端产品的项目, 或者在国际上有竞争能力的产品的项目, 其合营期限可以延长到 50 年。经国务院特别批准的, 可以在 50 年以上。

(2) 对于属于国家规定鼓励投资和允许投资项目的合营企业, 除上述行业外, 合营各方可以在合营协议、合同中约定合营期限, 也可以不约定合营期限。

(3) 约定合营期限的合营企业, 合营各方同意延长合营期限的, 应当在距合营期限届满 6 个月前向审批机关提出申请。审批机关应当在收到申请之日起 1 个月内决定批准或者不批准。经批准, 合营期限可以延长。合营企业合营各方如一致同意将合营合同中约定的合营期限条款修改为不约定合营期限的条款, 应提出申请, 报原审批机关审查。原审批机关应当自收到上述申请文件之日起 90 日内决定批准或者不批准。

(二) 合营企业的解散

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定, 合营企业在下列情况下解散: ①合营期限届满, 即合营企业合同或章程确定的合营期限已经到期, 而投资各方又无意继续延长合营期限; ②合营企业发生严重亏损, 无力继续经营; ③合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务, 致使企业无法继续经营; ④因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损

失，无法继续经营；⑤合营企业未达到其经营目的，同时又无发展前途；⑥合营合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。⑦根据企业破产法律制度的规定，企业无力偿还到期债务的，企业债权人可以向法院申请宣告该企业破产；企业也可以自行申请破产。法院宣告企业破产后，企业应予解散。

上述第②、④、⑤、⑥项情况发生的，由董事会提出解散申请书，报审批机关批准。第③项情况发生的，由履行合同的一方提出申请，报审批机关批准。

（三）合营企业的清算

合营企业宣告解散时，应当进行清算。除企业破产清算应当按照有关法律规定的程序进行清算外，合营企业的清算应当按照《外商投资企业清算办法》和《公司法》等规定成立清算委员会，由清算委员会负责清算事宜。

合营企业的清算工作结束后，由清算委员会提出清算结束报告，提请董事会会议通过后，报告审批机关，并向登记管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照。

单元三 中外合作经营企业法

一、中外合作经营企业的设立#

（一）设立合作企业的条件

在中国境内设立中外合作经营企业（简称合作企业），应当符合国家的发展政策和产业政策，遵守国家关于指导外商投资方向的规定。根据《中外合作经营企业法》的规定，国家鼓励举办的合作企业有：①产品出口的生产型合作企业，是指企业产品主要用于出口创汇的生产型合作企业；②技术先进的生产型合作企业，是指外国合作者提供先进技术，从事新产品的开发，实现产品升级换代，以增加出口创汇或者替代进口的生产型合作企业。

（二）设立合作企业的法律程序

（1）由中国合作者向审查批准机关报送有关文件。

（2）审查批准机关审批。审查批准机关应当自收到规定的全部文件之日起 45 日内决定批准或者不予批准。

（3）办理工商登记。批准设立的合作企业依法向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。合作企业的营业执照签发日期，即为该合作企业的成立日期。

以上所称审查批准机关，是指商务部或者省级商务主管部门。

二、中外合作经营企业的注册资本与投资、合作条件#

（一）合作企业的注册资本

合作企业的注册资本，是指为设立合作企业，在工商行政管理机关登记的合作各方认缴的出资额之和。注册资本可以用人民币表示，也可以用合作各方约定的一种可自由兑换的外

币表示。合作企业的注册资本在合作期限内不得减少。但因投资总额和生产经营规模等变化,确需减少的,须经审查批准机关批准。

合作企业的投资总额,是指按照合作企业合同、章程规定的生产经营规模,需要投入的资金总和。合作企业的注册资本与投资总额的比例,参照中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的有关规定执行。

(二) 合作企业的投资和合作条件

1. 合作各方的出资方式

合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的方式可以是货币,也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利。合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或者提供合作条件,对该投资或者提供的合作条件不得设置抵押或者其他形式的担保。中国合作者的投资或者提供的合作条件,属于国有资产的,应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。

2. 合作各方的出资比例

在依法取得中国法人资格的合作企业中,外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的 25%;在不具有法人资格的合作企业中,对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求,由国务院对外经济贸易主管部门确定。

3. 合作各方的出资期限

合作各方应当根据合作企业的生产经营需要,依照有关法律、行政法规的规定,在合作企业合同中约定合作各方向合作企业投资或提供合作条件的期限。合作各方未按照合同约定缴纳投资或者提供合作条件的,工商行政管理机关应当限期要求其履行;限期届满仍未履行的,审查批准机关应当撤销合作企业的批准证书,工商行政管理机关应当吊销合作企业的营业执照,并予以公告。

未按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的一方,应当向已缴纳投资或者提供合作条件的他方承担违约责任。

合作各方缴纳投资或者提供合作条件后,应当由中国注册会计师验证并出具验资报告,由合作企业据以发给合作各方出资证明书。出资证明书应当抄送审查批准机关及工商行政管理机关。

4. 合作各方的出资转让

合作各方之间相互转让或者合作一方向合作他方以外的他人转让属于其在合作企业合同中全部或者部分权利的,须经合作他方书面同意,并报审查批准机关批准。审查批准机关应当自收到有关转让文件之日起 30 日内决定批准或者不批准。

三、中外合作经营企业的组织形式和组织机构#

(一) 合作企业的组织形式

合作企业可以申请为具有法人资格的合作企业,也可以申请为不具有法人资格的合作企业。具有法人资格的合作企业,其组织形式为有限责任公司。除合作企业合同另有约定外,合作各方对合作企业承担的责任以其投资或者提供的合作条件为限。合作企业以其全部资产

对其债务承担责任。不具有法人资格的合作企业，合作各方的关系是一种合伙关系。合作各方依照中国民事法律的有关规定，承担民事责任。

（二）合作企业的组织机构

合作企业在组织机构的设置上有较大的灵活性，同合营企业相比有很大的区别。

具备法人资格的合作企业，一般设立董事会；不具备法人资格的合作企业，一般设立联合管理委员会。董事会或者联合管理委员会是合作企业的权力机构，按照合作企业章程的规定，决定合作企业的重大问题。

下列事项由出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员一致通过，方可作出决议：①合作企业章程的修改；②合作企业注册资本的增加或者减少；③合作企业的解散；④合作企业的资产抵押；⑤合作企业合并、分立和变更组织形式；⑥合作各方约定由董事会会议或者联合管理委员会会议一致通过方可作出决议的其他事项。

合作企业设总经理 1 人，负责合作企业日常经营管理工作，对董事会或者联合管理委员会负责。合作企业的总理由董事会或者联合管理委员会聘任、解聘。总经理及其他高级管理人员可以由中国公民担任，也可以由外国公民担任。经董事会或者联合管理委员会聘任，董事或者委员可以兼任合作企业的总经理或者其他高级管理职务。

合作企业成立后委托合作各方以外的他人经营管理的，必须经董事会或者联合管理委员会一致同意，并应当与被委托人签订经营管理合同。

【例 5-9】 根据中外合作经营企业法律制度的规定，下列有关中外合作经营企业的组织形式和组织机构的表述中，符合法律规定的是（ ）。

- A. 合作企业的组织形式为有限责任公司
- B. 合作企业均应设联合管理委员会
- C. 合作企业的负责人由主管部门任命
- D. 合作企业的总经理负责企业的日常经营管理工作

【解析】 正确答案为 D。根据《中外合作经营企业法》的规定，合作企业可以申请为具有法人资格的合作企业，也可以申请为不具有法人资格的合作企业。具有法人资格的合作企业，其组织形式为有限责任公司。不具有法人资格的合作企业，合作各方的关系是一种合伙关系。具备法人资格的合作企业，一般设立董事会；不具备法人资格的合作企业，一般设立联合管理委员会。合作企业设总经理，负责合作企业的日常经营管理工作，故选项 D 正确。

四、中外合作经营企业的收益分配与回收投资

（一）合作企业的收益分配

合作企业的中外合作者可以在合同中约定采用分配利润、分配产品或者其他方式分配收益，合作企业合作各方约定采用分配产品或者其他方式分配收益的，应当按照中国税法的相关规定，计算应纳税额。

（二）合作企业外国合作者先行回收投资

1. 外国合作者先行回收投资的方式

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，中外合作者在合作企业合同中约定合作期限届满时，合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有的，外国合作者在合作期限内可以申请以下列方式先行回收其投资：在按照投资或者提供合作条件进行分配的基础上，在合作企业合同中约定扩大外国合作者的收益分配比例；经财政税务机关审查批准，外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资；经财政税务机关和审查批准机关批准的其他回收投资方式。

2. 外国合作者先行回收投资的条件

外国合作者在合作期限内先行回收投资，应符合下列条件：中外合作者在合作企业合同中约定合作期满后，合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有；对于税前回收投资的，必须向财政税务机关提出申请，并由财政税务机关依法审查批准；中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定，对合作企业的债务承担责任；外国合作者提出先行回收投资的申请，应当具体说明先行回收投资的总额、期限和方式，经财政税务机关审查同意后，报审查批准机关审批；外国合作者只有在合作企业的亏损弥补之后，才能先行回收投资。

【例 5-10】 中外合作经营企业的外国合作者在合作期限内先行回收投资，应符合的条件有（ ）。

- A. 中外合作经营者在合作企业合同中约定合作期满后，合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有
- B. 对于税前回收投资的，必须向财政部税务机关提出申请，并由财政税务机关依法审查批准
- C. 外国合作者提出先行回收投资的申请，报工商机关审批
- D. 外国合作者只有在合作企业的亏损弥补之后，才能够进行回收投资

【解析】 正确答案为 ABD。本例题 C 选项正确的表述应是外国合作者提出先行回收投资的申请，并具体说明先行回收投资的金额、期限和方式，经财政部税务机关审查同意后，报审查批准机关审批。

五、中外合作经营企业的期限、解散和清算#

（一）合作企业的期限

合作企业的期限由中外合作者协商确定，并在合作企业合同中订明。合作企业期限届满，合作各方协商同意要求延长合作期限的，应当在期限届满的 180 日前向审查批准机关提出申请，说明原合作企业合同执行情况，延长合作期限的原因，同时报送合作各方就延长的期限内各方的权利、义务等事项所达成的协议。审查批准机关应当自接到申请之日起 30 日内，决定批准或者不批准。经批准延长合作期限的，合作企业凭批准文件向工商行政管理机关办理变更登记手续，延长的期限从期限届满后的第一天起计算。

合作企业合同约定外国合作者先行回收投资，并且投资已经回收完毕的，合作企业期限届满不再延长。但是，外国合作者增加投资的，经合作各方协商同意，可以向审查批准机关申请延长合作期限。

（二）合作企业的解散

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，合作企业出现下列情形之一时解散：①合作期限届满；②合作企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营；③中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使合作企业无法继续经营；④合作企业合同、章程中规定的其他解散原因已经出现；⑤合作企业违反法律、行政法规，被依法责令关闭。

上述第②、④项所列情形发生，应当由合作企业的董事会或者联合管理委员会作出决定，报审查批准机关批准。在上述第③项所列情形下，不履行合作企业合同、章程规定的义务的中外合作者一方或者数方，应当对履行合同的他方因此遭受的损失承担赔偿责任。履行合同的一方或者数方有权向审查批准机关提出申请，解散合作企业。

（三）合作企业的清算

《中外合作经营企业法》规定，合作企业期满或者提前终止时，应当依照法定程序对资产和债权、债务进行清算。中外合作者应当依照合作企业合同的约定确定合作企业财产的归属。

单元四 外资企业法

一、外资企业的设立#

（一）设立外资企业的条件

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，设立外资企业，必须有利于中国国民经济的发展，能够取得显著的经济效益。国家鼓励外资企业采用先进技术和设备，从事新产品开发，实现产品升级换代，节约能源和原材料，并鼓励举办产品出口的外资企业。

（二）设立外资企业的法律程序

1. 提出申请

外国投资者应先向拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府提交报告，收到报告的人民政府签署意见后，由外国投资者通过外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府向审批机关提出申请。

2. 审批机关审批

审批机关在收到申请文件之日起 90 日内决定批准或者不批准。审批机关指商务部或者省级商务主管部门。

3. 办理工商登记

外国投资者在收到批准证书之日起 30 日内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。外资企业的营业执照签发日期为企业成立日期。外国投资者在收到批准证书之日起满 30 日未向工商行政管理机关申请登记的，外资企业批准证书自动失效。外资企业在企业成立之日起 30 日内向税务机关办理税务登记。

外资企业的分立、合并或者由于其他原因导致资本发生重大变化的，须经审批机关批准，并应聘请中国的注册会计师验证和出具验资报告；经审批机关批准后，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

二、外资企业的注册资本与外国投资者的出资#

（一）外资企业的注册资本

外资企业的注册资本，是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。外资企业的注册资本要与其经营规模相适应，注册资本与投资总额的比例应当符合中国的有关规定，目前参照中外合资经营企业的有关规定执行。

外资企业在经营期限内不得减少其注册资本，但因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少注册资本的，须经审批机关批准。外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让的，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关备案。

【例 5-11】 根据外资企业法律制度的规定，外资企业的下列行为中，必须经审批机关批准的有（ ）。

- A. 增加注册资本
- B. 减少注册资本
- C. 抵押财产
- D. 转让财产

【解析】 正确答案为 ABCD。根据《外资企业法》的规定，外资企业在经营期限内不得减少其注册资本，但因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少注册资本的，须经审批机关批准。外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关备案。故 A、B、C、D 四个选项都正确。

（二）外国投资者的出资

1. 外国投资者的出资方式

外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价出资。经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内兴办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

外国投资者以机器设备作价出资的，该机器设备必须符合下列要求：①外资企业生产所必需的；②作价不得高于同类机器设备当时的国际市场正常价格。

外国投资者以工业产权、专有技术作价出资时，该工业产权、专有技术必须符合下列要求：①外国投资者自己所有的；②该工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致，其作价金额不得超过外资企业注册资本的 20%。

2. 外国投资者的出资期限

外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。外国投资者可以分期缴付出资，但最后一期出资应当在营业执照签发之日起 3 年内缴清。其中第一期出资不得少于外国投资者认缴出资额的 15%，并应当在外资企业营业执照签发之日起 90 日内缴清。

外国投资者未能在外资企业营业执照签发之日起 90 日内缴付第一期出资的,或者无正当理由逾期 30 日不缴付其他各期出资的,外资企业批准证书即自动失效。外资企业应当向工商行政管理机关办理注销登记手续,缴销营业执照;不办理注销登记手续和缴销营业执照的,由工商行政管理机关吊销其营业执照,并予以公告。

外国投资者有正当理由要求延期出资的,应当经审批机关同意,并报工商行政管理机关备案。

外国投资者缴付每期出资后,外资企业应当聘请中国的注册会计师验证,并出具验资报告,报审批机关和工商行政管理机关备案。

【例 5-12】 某外商独资企业注册资本为 100 万元,外国投资者以工业产权作价出资的金额最多是 ()。

A. 20 万元

B. 25 万元

C. 30 万元

D. 35 万元

【解析】 正确答案为 A。根据《外资企业法》的规定,以工业产权、专有技术出资的,其作价金额不得超过外资企业注册资本的 20%。因此注册资本为 100 万元,工业产权作价出资最多是 $100 \times 20\% = 20$ 万元。

三、外资企业的组织形式和组织机构#

(一) 外资企业的组织形式

根据《外资企业法》及其实施细则的规定,外资企业的组织形式为有限责任公司,经批准也可以为其他责任形式。外资企业为有限责任公司的,外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限;外资企业为其他责任形式的,外国投资者对企业的责任适用中国法律和法规的规定。

(二) 外资企业的组织机构

外资企业的组织机构可以由外国投资者根据企业不同的经营内容、经营规模、经营方式自行设置。外资企业应根据其组织形式设立董事会并推举董事长,同时向审批机关备案。董事长是企业的法定代表人。

三、外资企业的期限、终止和清算#

(一) 外资企业的期限

根据《外资企业法》及其实施细则的规定,外资企业的经营期限,根据不同行业和企业的具体情况,由外国投资者在设立外资企业的申请书中拟订,经审批机关批准。外资企业的经营期限,从其营业执照签发之日起计算。

【例 5-13】 下列有关外商投资企业经营期限的表述中,符合我国法律制度规定的有 ()。

A. 中外合资经营企业,有的行业必须在合同中约定经营期限,有的行业可以不约定

B. 中外合作经营企业的经营期限由中外合作者协商确定,并在合作合同中订明

C. 外资企业的经营期限,由外国投资者申报,经审批机关批准

D. 中外合作经营企业合同约定外国合作者先行回收投资, 并且投资已经回收完毕的, 合作企业经营期限不再延长

【解析】 正确答案为 ABCD。根据有关规定, 举办的合营企业属于法律、行政法规规定的应当约定合营期限的, 合营企业应当在合营合同中约定合营企业的合营期限。除法律、行政法规规定的行业外, 合营各方可以在合同中约定合营期限, 也可以不约定, 故选项 A 正确; 合作企业的期限由中外合作者协商, 在合作企业合同中订明。合作企业合同约定外国合作者先行回收投资, 并且投资已经回收完毕的, 合作企业期限届满不再延长, 故 B、D 两个选项正确; 外资企业的经营期限, 根据不同行业和企业的具体情况, 由外国投资者在设立外资企业的申请书中拟订, 经审批机关批准, 故选项 C 正确。

外资企业经营期满需要延长经营期限的, 应当在距经营期满 180 日前向审批机关报送延长经营期限的申请书, 审批机关应当在收到申请书之日起 30 日内决定批准或者不批准。外资企业经批准延长经营期限的, 应当自收到批准延长期限文件之日起 30 日内, 向工商行政管理机关办理变更登记手续。

（二）外资企业的终止

根据《外资企业法》及其实施细则的规定, 外资企业有下列情形之一的, 应予终止: ①经营期限届满; ②经营不善, 严重亏损, 外国投资者决定解散; ③因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失, 无法继续经营; ④破产; ⑤违反中国法律、法规, 危害社会公共利益被依法撤销; ⑥外资企业章程规定的其他解散事由已经出现。

外资企业如存在上述第②、③、④项所列情形, 应当自行提交终止申请书, 报审批机关核准, 审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。

（三）外资企业的清算

外资企业宣告终止时, 应当进行清算。除企业破产或者撤销清算应当按照中国有关法律的规定进行清算外, 外资企业的清算应由外资企业提出清算程序、原则和清算委员会人选, 报审批机关审核后清算。

外资企业在清算结束之前, 外国投资者不得将该企业的资金汇出或者携出境外, 不得自行处理企业的财产。外资企业清算结束, 其资产净额或剩余财产超过注册资本的部分视同利润, 应当依照中国税法缴纳所得税。同时, 应当向工商行政管理机关办理注销登记手续, 缴销营业执照。



一、单项选择题

1. 中外合资经营企业的税后利润中可向投资人分配的利润, 按照一定的方式进行分配。该方式是 ()。

- A. 合营合同约定的比例
- B. 合营协议约定的比例
- C. 合营各方的出资比例
- D. 合营各方的意愿

2. 中外合资经营企业的最高权力机构是 ()。

- A. 股东会
- B. 股东大会
- C. 董事会
- D. 监事会

3. 中外合资经营企业董事会的人数不得少于 ()。

- A. 3 人 B. 5 人 C. 7 人 D. 9 人

4. 根据《外资企业法》的规定, 外国投资者设立外资企业, 应通过相关部门向审批机关提出申请, 此部门应该是 ()。

- A. 企业所在地的省级人民政府 B. 企业所在地的县级或县级以上人民政府
C. 企业所在地的乡级人民政府 D. 外国投资者的驻华机构

5. 根据中外合作经营企业的有关法律规定, 中外合作经营合同约定外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资的, 必须经有关机关审查批准。该审查批准机关是 ()。

- A. 企业行为主管机关 B. 对外经济贸易管理机关
C. 财政税务机关 D. 企业登记机关

6. 外商投资企业投资各方未能在规定的期限内缴付出资的, 视同 ()。

- A. 需要延期缴付出资 B. 违约
C. 外商投资企业自动解散 D. 外商投资企业未成立

7. 在中外合资经营企业的注册资本中, 外国合营者投资的下限应是 ()。

- A. 25% B. 30% C. 45% D. 5%

8. 下列有关中外合资经营企业与中外合作经营企业共同特点的表述中, 符合外商投资企业法律制度规定的是 ()。

- A. 二者的中外投资者均可以是公司、企业、其他经济组织或者个人
B. 二者的中外投资者均以其投资额为限对企业的债务承担有限责任
C. 二者的注册资本均为在工商行政管理机关登记的中外投资各方认缴的出资额之和
D. 二者均由中外投资各方共同投资、共同经营、按各自的出资比例共担风险、共负盈亏

9. 国内甲企业与外国乙投资者拟共同投资设立中外合资经营企业, 投资总额为 300 万美元。根据中外合资经营企业法律制度的规定, 该合营企业注册资本至少应为 ()。

- A. 300 万美元 B. 210 万美元 C. 150 万美元 D. 120 万美元

10. 某外资企业的注册资本为 300 万美元, 投资者分期缴付出资, 根据我国《外资企业法》的规定, 外国投资者最后一期出资应当在营业执照签发之日起规定期限内缴清, 该期限为 ()。

- A. 1 年 B. 2 年 C. 3 年 D. 5 年

二、多项选择题

1. 根据外商投资企业法律制度的规定, 下列各项中, 属于禁止类外商投资项目的有 ()。

- A. 技术水平落后的
B. 占用大量耕地, 不利于保护、开发土地资源的
C. 运用我国特有工艺或者技术生产产品的
D. 不利于节约资源和改善生态环境的

2. 根据外商投资企业法律制度的规定, 可以作为中外合作经营企业出资或者合作条件的财产权利包括 ()。

- A. 国有企业的经营权 B. 国有自然资源的使用经营权
C. 公民或集体组织的承包经营权 D. 公司股份

3. 根据中外合资经营企业法律制度的规定, 下列有关合营企业董事长产生方式的表述中,

正确的有（ ）。

- A. 合营企业的董事长既可以由中方担任，也可以由外方担任
- B. 合营企业的董事长必须由出资最多的一方担任
- C. 合营企业的董事长由合营各方协商确定或者由董事会选举产生
- D. 合营企业的董事长由一方担任的，副董事长必须由他方担任

4. 根据外商投资企业的有关法律规定，下列关于中外合资经营企业与中外合作经营企业区别的正确表述有（ ）。

- A. 合营企业外方投资比例不得低于注册资本的 25%，而合作企业外方投资比例没有限制
- B. 合营企业按照出资比例分配收益，而合作企业按照合同约定分配收益
- C. 合营企业必须是依法取得法人资格的企业，而合作企业可以不具备法人资格
- D. 合营企业在经营期间外方不得先行回收投资，而合作企业在经营期间外方在一定条件下可以先行回收投资

5. 某外商欲在中国设立一家中外合作经营企业，该企业的经营管理可采取的形式有（ ）。

- A. 总经理负责制
- B. 董事会制
- C. 联合管理制
- D. 委托管理制

6. 目前我国设立的外商投资企业主要有（ ）。

- A. 中外合资经营企业
- B. 中外合作经营企业
- C. 外资企业
- D. 外国企业

7. 根据中外合资经营企业法律制度的规定，下列各项中，属于合营企业董事会职权的有（ ）。

- A. 讨论决定企业发展规划
- B. 讨论决定企业生产经营活动方案
- C. 任命企业总会计师
- D. 讨论修改企业章程

8. 某中外合作企业的下列事项中，需经出席董事会会议董事一致通过的事项包括（ ）

- A. 修改合作企业章程
- B. 以企业资产对外提供抵押
- C. 聘请总经理
- D. 重要资产转让

9. 根据《中外合资经营企业法》的规定，下列关于中外合资经营企业董事会的表述中，正确的有（ ）。

- A. 董事会是合营企业的最高权力机构
- B. 董事会每半年至少召开一次会议
- C. 董事会会议有 2/3 以上董事出席才能召开
- D. 合营企业资产抵押事项的决议，须经出席董事会会议的董事一致通过

10. 根据我国《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，下列关于合营企业董事长产生方式的表述中，不正确的有（ ）。

- A. 董事长既可由中方担任，也可由外方担任
- B. 董事长由一方担任的，副董事长必须由他方担任
- C. 董事长由一方担任的，总经理必须由他方担任
- D. 董事长和副董事长由出资最多的一方担任

三、判断题

1. 中外合资经营企业的中国合营者将其在合营企业中的出资额全部转让给另一中国公司

的行为,在征得外国合营者同意,并经合营企业董事会会议通过的情况下,即发生法律效力。()

2. 根据《外资企业法》实施细则的规定,经外资企业章程同意,外国投资者也可以用其从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。()

3. 中外投资者以专利权或专利使用权作价出资的,出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明。()

4. 技术水平落后的,不利于节约资源和改善生态环境的外商投资企业项目,根据有关规定,属于禁止类投资项目。()

5. 具备法人资格的合作企业为有限责任公司,必须以其投资额为限对合作企业承担责任。()

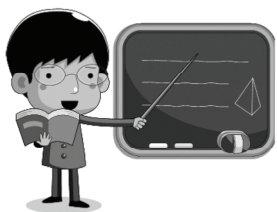
6. 国内企业甲与外国投资者乙共同投资设立中外合资经营企业,甲出资 55%,乙出资 45%;如果合营企业的投资总额为 1 200 万美元,则甲至少应出资 275 万美元,乙至少应出资 225 万美元。甲、乙双方的出资额符合中外合资经营企业法律制度的规定。()

7. 中国 A 公司与外国 B 公司合资设立一家中外合资经营企业。双方约定:企业总投资额为 3 300 万美元,注册资本为 1 100 万美元。双方这一约定符合相关法律规定。()

8. 外资企业的外国投资者以工业产权、专有技术作价出资的,该工业产权、专有技术的作价金额不得超过外资企业注册资本的 25%。()

9. 中外合作者选择以有限责任公司形式设立中外合作企业的,应当按照双方的出资比例进行利润分配。()

10. 中外合资经营企业中的中方投资者以场地使用权作价出资的,其作价金额可以由中外双方协商确定,也可以聘请各方同意的第三方评定。()



模块六

合 同 法



知识目标

掌握合同订立的程序、合同履行的规则及违约责任，掌握合同的担保形式、各担保形式的特点和区别；熟悉合同的有效与无效、可变更合同与可撤销合同、合同的变更与转让；了解合同的概念、特征及分类。

技能目标

能在以后的实际工作中，解决在中小企业法律服务、基层法律服务等中所遇到的合同方面的相关问题；能解决中小企业、基层等所常见的合同纠纷、合同起草、合同审查、合同整理等方面的具体问题。

态度目标

培养并提高在实际生活中“重合同、守信用”的意识；加深学生对社会主义市场经济本质的理解，树立经济法治观念。



案例导读

A 公司将新办公大楼工程承包给了 B 公司。双方在建筑工程承包合同中约定：工程款为 2 000 万元，工期为一年，工程完工后结清全部工程款。合同签订后 B 公司雇请工人甲、乙等 70 人开始施工。工程按期完工，B 公司将新大楼交给 A 公司使用，但 B 公司尚欠工人甲、乙等工资合计 56 万元。甲、乙等人多次向 B 公司催要未果，于是向法院起诉了 B 公司，要求给付所欠工资，法院判决 B 公司败诉。但在判决执行过程中，B 公司的所有员工，包括其法定代表人均不见踪影。在查找 B 公司的财产工程中，甲、乙等人发现，A 公司尚欠 B 公司工程款 180 万元。A 公司称，之所以未付清工程款，是因为新大楼的工程质量存在问题。A 公司同时称，工程完工后双方只进行过一次结算，此后一年多，B 公司一直未向其主动要过这笔工程费。甲、乙等人就 A 公司所欠的工程款向法院起诉了 A 公司。请根据以上案例回答下列问题。

(1) 甲、乙等人起诉 A 公司所依据的是什么权利？

(2) 这种权利的行使需要什么条件？

(3) 甲、乙等人提起诉讼时，应当以谁的名义提出？

(4) 甲、乙等人在诉讼中提出，要求 A 公司支付其欠 B 公司的全部 180 万元工程款。这种要求能否得到法院支持？为什么？

单元一 合同的订立

一、合同的概念及其分类

合同，又称契约。我国《合同法》规定，合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

【例 6-1】 根据我国《合同法》的规定，以下关于合同的表述不正确的是（ ）。

- A. 合同是一种合意
- B. 合同是发生法律效力法律行为
- C. 合同是双方当事人的法律行为
- D. 合同是各种主体之间民事权利义务关系的协议

【解析】 正确答案为 D。合同是平等主体之间的协议。

根据我国《合同法》的规定，合同具有以下法律特征：

- (1) 合同是平等主体之间的协议，即合同当事人的法律地位平等。
- (2) 合同是多方当事人的法律行为。合同的主体必须有两个或两个以上，合同的成立是各方当事人意思表示一致的结果。
- (3) 合同是从法律上明确当事人间特定权利与义务关系的文件。
- (4) 合同是具有相应法律效力的协议。

1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议审议通过了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》），规定自 1999 年 10 月 1 日起施行。《合同法》是指调整因合同产生的以权利义务为内容的社会关系的法律规范的总称。《合同法》主要包括合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的担保、合同的变更和转让、合同的权利义务终止以及违约责任等关系。

《合同法》只调整平等主体之间的民事关系，而对于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，行政管理关系，企业单位内部的管理关系等，适用其他法律的规定。

依据不同的标准，可以对合同进行以下不同的分类。

（一）有名合同与无名合同

根据法律是否规定一定的合同名称，可将合同分为有名合同与无名合同。有名合同是指法律、法规规定了具体名称和调整规范的合同。例如，我国《合同法》分则部分规定了 15 种基本合同类型，这些合同就是有名合同。无名合同是指法律、法规尚未规定具体名称和调整规范的合同。

（二）有偿合同与无偿合同

根据当事人权利的获得是否支付代价，可将合同分为有偿合同与无偿合同。有偿合同是指必须偿付代价才能享有权利的合同，如买卖合同、借款合同、租赁合同、运输合同等。无偿合同是无需偿付代价而享有权利的合同，如赠与合同等。

（三）诺成合同与实践合同

根据是否以交付标的物为成立条件，可将合同分为诺成合同与实践合同。诺成合同是指当事人意思表示一致即告成立的合同，如买卖合同、委托合同等。实践合同是指虽经当事人双方意思表示一致，但还须交付标的物合同才能成立的合同，如定金合同、没有特殊约定的保管合同等。在实践中，绝大多数的合同属于诺成合同。

（四）要式合同与不要式合同

根据法律或者当事人对合同的形式是否有专门要求，可将合同分为要式合同与不要式合同。要式合同是指必须按照法律规定的特定形式订立方可成立的合同，如抵押合同等。不要式合同是指法律对合同订立未规定特定的形式的合同，如买卖合同等。

（五）双务合同与单务合同

根据当事人双方是否享有权利并承担义务，可将合同分为双务合同与单务合同。双务合同是指当事人双方都享有权利并承担义务的合同，即一方当事人依据合同所享有的权利正是对方当事人依据合同所应承担的义务，如买卖合同、承揽合同、租赁合同等。单务合同是指当事人一方享有权利而无须承担义务，而另一方只承担义务而不享有权利的合同，如赠与合同等。

【例 6-2】 下列选项中，属于单务合同的是（ ）。

- A. 买卖合同 B. 赠与合同 C. 互易合同 D. 租赁合同

【解析】 正确答案为 B。受赠与人享有权利而无须承担义务，赠与人只承担义务而不享有权利。

（六）主合同与从合同

根据某一合同是否须以其他合同的存在为前提而存在，可将合同分为主合同与从合同。主合同是无须以其他合同存在为前提即可独立存在的合同。从合同是必须以其他合同的存在为前提才可存在的合同，如保证合同等。从合同不能独立存在，因此又称附属合同。主合同的成立与效力直接影响从合同的成立与效力。

二、合同订立的形式

合同的订立是指当事人双方（或多方）就合同的内容经过协商达成一致的行为。合同订立的过程，即当事人各方自接触、洽商直至使其意思表示趋于一致的过程。合同的订立是一个非常重要的阶段，因为依法订立是合同生效的前提，是履行义务、享受权利、解决纠纷和请求法律保护的依据。

合同的形式是指合同当事人设立、变更、终止民事权利义务关系的一致协议的表现形式，是合同关系的外在表现。《合同法》规定，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式和其他形式。

（1）书面形式是指以文字的方式表现当事人之间所订合同内容的形式。书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。书面形式是当事人广泛采用的一种合同形式，它主要适用于标的数额

较大、内容复杂、不能立即履行的合同。

(2) 口头形式是指当事人以谈话或口头表述的形式订立合同，包括当面交谈、电话联系等形式。口头形式一般适用于标的数量不大、内容不复杂并能及时清结的合同关系。

(3) 合同的其他形式是指采用除书面形式、口头形式以外的方式订立合同的形式，如推定形式和默示形式。

【例 6-3】 以下不属于合同书面形式的是 ()

- A. 电报 B. 电传 C. 电话记录 D. 电子邮件

【解析】 正确答案为 C。电话记录是口头形式。

三、合同的主要条款

合同的内容，是指合同当事人约定享有的债权和承担的债务，具体体现为合同的各项条款。根据《合同法》规定，在不违反法律强制性规定的情况下，合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：①当事人的名称或者姓名和住所；②标的；③数量；④质量；⑤价款或者报酬；⑥履行期限、地点和方式；⑦违约责任；⑧解决争议的方法；⑨双方当事人约定的其他条款。

四、格式条款

格式条款是指当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。由于格式条款均由一方当事人事先拟定，对方无协商的机会，双方地位实际上是不平等的。格式合同具有下述法律特征：①格式合同的要约向公众发出，并且规定了在某一特定时期订立该合同的全部条款；②格式合同的条款是单方事先制定的；③格式合同条款的定型化导致了对方当事人不能就合同条款进行协商；④格式合同一般采取书面形式；⑤格式合同（特别是提供商品和服务的格式合同）条款的制定方一般具有绝对的经济优势或垄断地位，而另一方为不特定的、分散的消费者。因此，《合同法》规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”

如果格式条款具有《合同法》规定的合同无效和免责条款无效的情形，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。此外，《合同法》还规定，对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款方的解释。格式条款与非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

【例 6-4】 2001 年 7 月 15 日晚，为庆祝北京申办 2008 年奥运会成功，广州市民曲先生自带了一瓶珍藏了十多年的杜康酒，和老朋友相约来到广州下塘西路的“天鲜阁”餐厅，准备开怀畅饮。宴会一开始，当众人的目光聚集在那瓶杜康酒上时，餐厅服务员不失礼貌地告诉他们，自带酒水要收开瓶费。众人对此不解，服务员解释说是餐厅的规定。曲先生应不应该支付开瓶费呢？

【解析】 本案例中存在的 key 问题有两个：①该条款有没有被订入合同，成为合同的一部分；②如果该条款订入了合同，它是否有效。首先要明确，关于开瓶费的条款是一个格式条款。格式条款是由缔约一方——餐厅单方预先订立的，没有与缔约相对方进行充分的协商，而且消费者也不能与之协商，这一条款对所有消费者同样适用，而且可以反复适用。与餐厅

给出的菜单一样，每个菜的价格，都是由餐厅单方决定的，收取开瓶费的内容有没有以醒目的标志张贴在餐厅的大厅内，或采取类似的措施，或者干脆由服务员明确地告诉每一位就餐的消费者。如果没有这么做，那么该条款根本没有订入合同，其为消费者订立的义务也不构成合同的内容，消费者没有履行的义务。所以，曲先生不应该支付开瓶费。

五、合同订立的程序

《合同法》规定，当事人订立合同，采取要约、承诺方式。当事人意思表示一致时，合同即可成立。

（一）要约

要约是指希望和他人订立合同的意思表示。发出要约的当事人为要约人，接受要约的当事人为受要约人。

1. 要约应具备的条件

根据《合同法》的规定，要约应具备以下条件。

（1）要约的内容具体确定。要约的内容应当包括合同得以成立所必需的条款，以便受要约人考虑是否承诺。至于要约应包括的内容，则应根据相关法律规定和商业习惯来确定。

（2）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

在此应注意将要约与要约邀请予以区别。要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示，不属于订立合同的行为。要约与要约邀请的主要区别有：①两者的含义不同，前者是以订立合同为目的的意思表示，后者是希望他人向自己发出要约的意思表示；②两者对意思表示人的约束力不同，在要约确定的承诺期限内，要约对要约人具有法律约束力，而要约邀请的发出人并不受要约邀请的约束；③两者的法律后果不同，要约一经接受，合同成立，而要约邀请一经接受，双方开始进入要约，但并不一定能导致合同的成立。常见的要约邀请如寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等。但是，商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

2. 要约的生效时间

要约到达受要约人时要约生效。

3. 要约的撤回

在要约生效前，要约人可以通过撤回的方式阻止要约生效，撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

4. 要约的撤销

在要约生效之后受要约人发出承诺通知之前，要约人可以通过撤销的方式使已经生效的要约不再继续生效。同时，根据《合同法》的规定，有下列情形之一的，要约不得撤销：①要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；②受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合作作了准备工作。

5. 要约的失效

要约的失效是指要约丧失法律效力。要约失效的原因主要有以下几种。

（1）要约被拒绝。受要约人以通知的方式明确表示不接受要约，要约失效的时间为拒绝要约的通知到达要约人之时。

（2）要约人依法撤销要约。

(3) 承诺期限届满, 受要约人未作出承诺。

(4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

【例 6-5】 某超市想购进一批毛巾, 于是向几家毛巾厂发出电报, 称: 本超市欲购进毛巾, 如果有全棉新款, 请附图样与说明, 我商场将派人前往洽谈购买事宜。于是有几家毛巾厂都回电, 称自己满足该超市的要求并且附上了图样与说明。其中一家毛巾厂甲厂寄送了图样和说明后, 又送了 100 条毛巾到该超市, 超市看货后不满意, 于是决定不够买甲厂的毛巾。甲厂认为超市发出的是要约, 他送毛巾的行为是承诺, 合同因为承诺而生效。超市拒绝购买是违约行为, 应该承担违约责任。而超市认为他的发出电报行为是一项要约邀请而不是要约, 超市不受该行为约束。那么, 超市发出的电报到底是要约还是要约邀请呢?

【解析】 在本案例中, 这个电报是超市发出的, 是特定的人发出的。但是, 这份电报是不具备一个合同应该具备的主要条款的: 没有标的的数量、价款, 也没有履行的期限。因此这根本不是要约, 而是要约邀请。超市不受该行为的约束。超市和甲厂之间没有法律上的关系, 甲厂受到的损失应该自己承担。

6. 先合同义务

先合同义务, 是指在要约生效后合同生效前的缔约过程中, 缔约双方基于诚信原则而应负有的告知、协力、保护、保密等的合同附随义务。

(二) 承诺

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺的法律效力在于: 承诺一经作出, 合同即告成立。

(1) 承诺应在要约有效期内作出。

(2) 承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的, 根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。对于迟延的承诺, 即受要约人超过承诺期限发出承诺的, 除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外, 为新要约。受要约人在承诺期限内发出承诺, 按照通常情形能够及时到达要约人, 但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的, 即承诺迟到, 在这种情形下, 除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外, 该承诺有效。

(3) 承诺可以撤回, 撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。值得注意的是, 承诺只可能撤回, 而不可能撤销。由于承诺一经生效即意味着合同成立, 对于已经成立的合同, 一方当事人无权撤销, 而只能按照合同变更、解除的规定处理。

【例 6-6】 喜丰收农场于 2009 年 6 月 16 日向多家果品加工企业寄送了水果品种介绍和价目表。健食罐头厂于 6 月 19 日收到喜丰收农场的水果品种介绍和价目表后, 立即回复电子邮件同意按照价目表所列杨梅价格 8 000 元/吨, 要求购买杨梅 3.5 吨, 并在一周内运至健食罐头厂原料仓库。喜丰收农场当日收到电子邮件, 此后的第三日装车发货, 于 6 月 24 日将杨梅运至健食罐头厂原料仓库。此时, 杨梅已经降价至 5 000 元/吨, 健食罐头厂遂要求喜丰收农场按 5 000 元/吨销售, 喜丰收农场拒绝变更价格, 健食罐头厂也拒不收货, 造成 3.5 吨杨梅全部腐烂变质。喜丰收农场遂起诉健食罐头厂赔偿杨梅腐烂变质的全部经济损失。那么, 通过发送电子邮件订货是否构成承诺? 喜丰收农场与健食罐头厂的购销合同是否成立?

【解析】 喜丰收农场以价目表的形式发出了要约邀请, 健食罐头厂对该要约邀请发生兴趣, 发出电子邮件明确了价格、数量、交货时间、交货地点等合同的必要条款, 构成要约。

喜丰收农场虽然没有书面或电子回复，但其以实际行为在要约规定的时间、地点交付约定数量的货物，属于通过行为作出承诺，即合同成立。因此，喜丰收农场诉请健食罐头厂赔偿杨梅腐烂变质的全部经济损失符合法律规定，应予支持。

六、合同成立的时间与地点

（一）合同成立的时间

根据《合同法》的规定，在一般情况下，承诺生效时合同成立。当事人约定采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。如双方当事人未同时在合同书上签字或者盖章，则以当事人中最后一方签字或者盖章的时间为合同的成立时间。当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前，即作出承诺之前，要求签订确认书。合同在签订确认书时成立，而不是承诺生效时成立。

（二）合同成立的地点

《合同法》规定，承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。如双方当事人未在同一地点签字或者盖章，则以当事人中最后一方签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

（三）实际履行与合同成立的关系

《合同法》规定了两种特殊情况下对合同成立的确认：①法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式，但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立；②法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

【例 6-7】 下列情形中，合同已经成立的有（ ）。

- A. 甲对乙说：“我的那本《中国民法》8块钱卖给你，要不要？”，乙说：“好，一言为定。”
- B. DELL 计算机公司与某销售公司签订了销售 500 台 INSPIRON/500M 笔记本电脑的合同，双方就合同的全部条款都已经协商完毕，打印好后各执一份，但没有签字盖章。不久 DELL 公司便将 500 台 INSPIRON/500M 笔记本电脑运送到了该销售公司，该销售公司也接受了该批电脑
- C. 某超级市场发传真给某食品厂，上面写着“请速运 30 箱统一牛肉味方便面来我公司”，该食品厂立即派车送去了 20 箱统一牛肉味方便面
- D. 郭某打电话给马某说：“我手上戴的梅花牌手表决定卖了，8 000 块钱，你要吗？”马某说：“我要和我老婆商量一下，明天给你答复。”郭某说：“那我问问别人。”第二天，马某发电子邮件给郭某说：“决定 8 000 元买你的手表，请速送来。”

【解析】 正确答案为 AB。依据《合同法》第二十五条的规定，承诺生效时合同成立。也就是说，只有具备有效的承诺时合同才能成立。依据要约的不同，有效的承诺是不同的。依据《合同法》第二十三条的规定，要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外。因此选项 A 情形中合同成立，而选项 D 情形中合同不成立；依据《合同法》

第三十二条的规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。但是，《合同法》第三十七条规定，采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。由于在选项 B 情形下双方虽然没有签字盖章，但是 DELL 计算机公司已经履行了主要义务，且销售公司也接受了，因此合同依然成立。依据《合同法》第三十条的规定，承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。因此选项 C 情形下合同不成立。

七、缔约过失责任

缔约过失责任，是指当事人在订立合同过程中，因违背诚实信用原则给对方造成损失时所应承担的法律责任。

《合同法》规定，当事人订立合同过程中有下列情形之一，并给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

(1) 假借订立合同，恶意进行磋商，即根本没有与对方签订合同的意思，以与对方谈判为借口，损害对方或第三人的利益，恶意地与对方进行谈判。

(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。

(3) 有其他违背诚实信用原则的行为。

【例 6-8】 甲企业与乙企业就彩电购销协议进行洽谈，其间，乙采取了保密措施的市场开发计划被甲得知。甲遂推迟与乙签约，开始有针对性地吸引乙的潜在客户，导致乙的市场份额锐减。下列说法中正确的有（ ）。

A. 甲的行为属于正常的商业竞争行为

B. 甲的行为违反了先合同义务

C. 甲的行为侵犯了乙的商业秘密

D. 甲应承担缔约过失责任

【解析】 正确答案为 BCD。缔约过失责任简称为缔约责任，是一种过错责任，指当事人因故意或者过失违反先合同义务致使合同不能产生效力而应当承担的民事责任。甲的行为属于恶意竞争行为，侵犯了乙的商业秘密，应承担缔约过失责任。

单元二 合同的效力

一、合同的生效

合同的生效与合同的成立既有联系又有区别。合同的成立，是指当事人经过要约和承诺，意思表示一致而达成协议。合同的生效，是指已经依法成立的合同，发生相应的法律效力。依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，从其规定。

判断合同是否为有效合同的标准和依据是合同的生效要件，即只有符合生效要件的合同才是有效合同。合同的生效要件一般包括：行为人具备相应的民事行为能力，即合同的主体合格；意思表示真实；不违反法律和社会公共利益。当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时生效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促使条件成就的，视为条

件不成就。

当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

二、无效合同

合同无效，是指已经订立，但因违反法律法规的规定，国家不予承认和保护的不发生法律效力。合同无效并不一定是全部无效，有的只是部分无效，如该部分无效不影响其余部分效力时，其余部分仍然有效。无效合同自始没有法律约束力。

根据《合同法》的规定，有下列情形之一的，合同无效。

- (1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益。
- (2) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益。
- (3) 以合法形式掩盖非法目的。
- (4) 损害社会公共利益。
- (5) 违反法律、行政法规的强制性规定。

三、可变更或可撤销的合同

可变更或可撤销合同是指合同虽已成立，但由于存在着法定事由，经一方当事人的请求，法院或者仲裁机构确认后予以变更或撤销的合同。

《合同法》规定，导致合同可变更或者可撤销的法定原因有以下三种。

- (1) 因重大误解而订立的合同。
- (2) 订立合同时显失公平的。
- (3) 一方以欺诈、胁迫手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。

在上述三种情形下订立的合同，因违背了受害方的真实意思，因此，法律赋予受害方享有请求人民法院或者仲裁机构变更合同或撤销合同的权利。对合同是变更还是撤销，由受害方自行选择。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。可撤销的合同在被撤销之前仍然是有效合同。

《合同法》规定，有下列情形之一的，撤销权消灭：①具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权的；②具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权的。

四、效力待定的合同

效力待定合同是指合同虽然已经成立，但因其并不完全符合有关合同生效要件的规定，因此其效力能否发生，尚未确定，一般须经有权人追认才能生效。

1. 限制民事行为能力人订立的合同

须经法定代理人追认后，该合同方为有效。但限制民事行为能力人订立的纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的合同，无须法定代理人的事先同意和事后追认便可生效。为了保护相对人的正当权益，并使合同效力和交易关系尽快确定下来，《合同法》赋予了相对人催告权和撤销权。相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作出表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利，且撤销应当以通知的方式作出。

2. 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同

未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作出表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效，合同成立有效。

3. 无处分权的人订立的合同

无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同生效。

【例 6-9】 下列选项中，可追认（效力未定）的合同有（ ）。

- A. 无权代理订立的承揽合同
- B. 17 岁的李某订立的租赁合同
- C. 无效承揽合同
- D. 张某未经授权以自己名义订立的处分他人财产的买卖合同

【解析】 正确答案为 AD。依据《合同法》第四十八条，没有代理权的行为人以被代理人名义订立的合同，相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认，因此选项 A 正确；依据《合同法》第四十七条，限制行为能力人订立的合同可以是有效的，也可以是可追认的，因此选项 B 错误；无效合同与可追认合同是两回事，因此选项 C 错误；依据《合同法》第五十一条，无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效，因此选项 D 正确。

【例 6-10】 下列选项中，不属于无效合同类型的是（ ）。

- A. 恶意串通损害国家、集体或第三人利益的合同
- B. 以合法形式掩盖非法目的的合同
- C. 重大误解的合同
- D. 违反法律、行政法规强制性规定的合同

【解析】 正确答案为 C。因重大误解而订立的合同为可变更或可撤销的合同。

五、合同被确认无效或被撤销后的处理

《合同法》规定，无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同被确认无效或者被撤销后，将溯及既往，直至合同成立之时。合同一经被确认无效，将产生如下法律后果：

（一）返还财产

返还财产是指依合同已交付财产的当事人，在合同被确认无效或被撤销后，有权请求对方返还财产；同时，接受财产的当事人有返还财产的义务。原物存在的返还原物，原物已不存在的，折价返还其价值。财产返还中，除返还原物外，还应返还由原物所衍生的孳息物，即由原物所产生的收益。

（二）赔偿损失

无效合同的损失赔偿是按照过错原则确定的，不同于因违约行为需承担赔偿损失的归责原则。如果合同的无效是由于一方过错导致的，那么，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失；对于合同的无效双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。各自承担相应责任的含义不是平均分担损失，也不是各自承担各自的损失，而是由双方按照过错的大小、责任的主次及轻重，分别承担经济损失中与其责任相适应的份额。

（三）收归国家所有或者返还集体、第三人

无效合同的双方当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，需要区别不同的情况适用不同的处理方法。当事人恶意串通，损害国家利益的，因此取得的财产收归国家所有；当事人恶意串通，损害集体或者第三人利益的，应当将因此取得的财产返还集体、第三人。

单元三 合同的履行

合同的履行就是指合同生效后，双方当事人按照合同规定的各项条款，完成各自应承担的义务和实现各自应享受的权利，使双方当事人的合同目的得以实现的行为。

一、合同履行的规则

（一）合同履行的一般规则

当事人应当按照约定全面履行自己的义务，即应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

（二）当事人就有关合同约定不明确时的履行规则

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。依照上述履行原则仍不能确定的，适用《合同法》的下列规定。

（1）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（2）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

（3）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（4）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（5）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（6）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

（三）执行政府定价或者政府指导价的合同的履行规则

执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。这一规定也同时体现了对违约方的制裁。

二、合同履行中的抗辩权

抗辩权又称异议权，是指对抗请求权或者否认他人权利主张的权利，从而使对方的权利受到阻碍或者消灭。抗辩权的作用在于阻止对方请求权的效力。依据《合同法》的规定，合同履行中的抗辩权主要有以下三种。

（一）同时履行抗辩权

同时履行抗辩权是指合同当事人双方的债务没有先后履行的顺序时，一方在对方未履行前，可以拒绝对方的履行要求。《合同法》规定：“当事人双方互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”

（二）先履行抗辩权

先履行抗辩权是指合同当事人双方的债务有先后履行的顺序时，先履行一方在未履行前，后履行一方可以拒绝对方的履行要求。《合同法》规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”

（三）不安抗辩权

不安抗辩权是指合同当事人双方的债务有先后履行的顺序时，依约定应先履行债务的当事人在有确凿证据证明对方当事人不能或可能不能履行合同义务时，在对方当事人未履行合同或就合同履行提供担保之前，有暂时中止履行合同的权力。根据《合同法》规定，应当先履行债务的当事人，有确凿证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：①经营状况严重恶化；②转移财产、抽逃资金，以逃避债务；③丧失商业信誉；④有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确凿证据中止履行的，应当承担违约责任。当事人中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

三、合同的保全制度

所谓合同的保全制度是指法律为防止因债务人财产的不当减少给债权人的债权带来危害，允许债权人对债务人或者第三人行使代位权或者撤销权，以保护其债权的制度。合同保全制度主要包括两种保全方法，即债权人的代位权与撤销权。

（一）代位权

代位权是指因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。债权人行使代位权应具备以下条件。

（1）债权人对债务人的债权合法。债权人对债务人的债权合法是指债权人与债务人的债权已经成立并且是合法有效的债权。

（2）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害。所谓债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

（3）债务人的债权已到期。债务人对第三人享有的权利为债权人代位权的标的。只有在债务人对第三人享有债权，且该债权已到期的情况下，才可行使代位权。

（4）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。所谓专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

（二）撤销权

撤销权是指债权人对债务人滥用其处分权而损害债权人的债权的行为，请求人民法院撤销债务人的处分行为。《合同法》规定，因债务人放弃其到期债权、无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内行使。自债务人的行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

【例 6-11】 根据有关规定，下列观点正确的有（ ）。

A. 在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持

B. 债务人在代位权诉讼中，对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉

C. 债务人在代位权诉讼中，对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，如起诉符合法定条件，人民法院应当受理；受理债务人起诉的人民法院在代位权诉讼裁决发生法律效力之前，应当依法中止

D. 债务人在代位权诉讼中，对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，人民法院不应当受理

【解析】 正确答案为 ABC。最高人民法院《关于适用〈合同法〉若干问题的解释（一）》第二十一条规定，在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持，因此选项 A 正确。最高人民法院《关于适用〈合同法〉若干问题的解释（一）》第二十二条规定，债务人在代位权诉讼中，对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，人民法院应当告知其向有管辖权

的人民法院另行起诉。债务人的起诉符合法定条件的，人民法院应当受理；受理债务人起诉的人民法院在代位权诉讼裁决发生法律效力以前，应当依法中止，因此 B、C 两个选项正确，选项 D 错误。

【例 6-12】 代位权与撤销权进行比较，可以得出的结论有（ ）。

- A. 代位权的发生与行使，是针对债务人的消极行为
- B. 撤销权的发生与行使，是针对债务人的积极行为
- C. 代位权受债权人对债务人，债务人对次债务人两个诉讼时效的限制
- D. 撤销权受“1 年”和“5 年”两个期间的限制

【解析】 正确答案为 ABCD。《合同法》第七十三条第一款规定，因债务人怠于行使到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外，因此选项 A 正确。《合同法》第七十四条第一款规定，因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为，因此选项 B 正确。债权人对债务人丧失诉讼时效，对债务人无胜诉权；债务人对次债务人丧失诉讼时效，债务人丧失对次债务人的胜诉权，债权人代债务人之位，亦无胜诉权，因此选项 C 正确。《合同法》第七十五条规定，撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内行使。自债务人的行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。“5 年”为除斥期间已经盖棺论定，“1 年”尚有争议，因此选项 D 正确。

单元四 合同的担保

一、合同担保的主要形式

合同担保是确保合同得以履行的一种法律制度，是指当事人根据法律的规定或合同的约定，在合同之外采取的法律保障方法。在我国，法定的担保形式有保证、抵押、质押、留置和定金五种。

二、保证

保证是指第三人为债务人的债务履行作担保，由保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按约定履行债务或者承担责任的行为。

（一）保证人及其资格

具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以为保证人。国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人，但从事经营活动的事业单位、社会团体可以为保证人。企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人，但企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。该分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债权人自行承担

担。债权人不知道保证人为企业法人的职能部门，造成的损失由企业法人承担民事责任。

（二）保证内容

保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同，保证合同的内容应当由保证人与债权人在以书面形式订立的保证合同中加以确定，具体包括被保证的主债权种类、数额、债务人履行债务的期限、保证的方式、保证担保的范围、保证的期间、双方认为需要约定的其他事项。保证合同不完全具备上述规定内容的，可以补正。

（三）保证方式

保证方式分为一般保证和连带责任保证两种。

（1）一般保证是指当事人在保证合同中约定，在债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任。一般保证中的保证人享有先诉抗辩权，债权人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能清偿债务前，对债权人可拒绝承担保证责任。根据《担保法解释》的规定，所谓“不能清偿”，是指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿。

（2）连带责任保证是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。当事人在保证合同中对保证方式没有约定或约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

（四）保证责任

保证人在约定的保证担保范围内承担保证责任。保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同对于保证担保的范围另有约定的，从其约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。《担保法》规定，由于主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的，或者主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证责任的，保证人不承担民事责任。

保证责任是一种从债，它随主合同债务的产生而产生，消灭而消灭。保证责任消灭的特殊原因如下。

（1）债权人未于约定的或者法定的保证期间内行使权利的，保证责任因保证期间届满而归于消灭。

（2）在保证期间内，债权人未经保证人书面同意，许可债务人转让债务的，对转让的债务部分，保证责任消灭。

（3）债权人与债务人协议变更主合同，未经保证人书面同意的，保证责任消灭。保证合

同另有约定的，按照约定。

（4）对连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，保证责任因而消灭。但保证人对其终止保证合同的通知到达债权人之前所发生的债权，仍然要承担保证责任。

（五）保证期间

保证期间是指当事人约定或者法律规定的保证人承担保证责任的期间。该期间可以由当事人双方自由约定，未约定保证期间的，为主债务履行期届满之日起6个月。

三、抵押

抵押是指以债务人或者第三人的特定财产在不转移占有的前提下，将其作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人有权依法法律规定以该财产折价或以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。该债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

（一）抵押物

根据《担保法》的规定，可以用于抵押的财产有：①抵押人所有的房屋和其他地上定着物；②抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；③抵押人依法有权处分的国有土地使用权、房屋和其他地上定着物；④抵押人依法有权处分的国有机器、交通运输工具和其他财产；⑤抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；⑥依法可以抵押的其他财产。

但根据《担保法》的规定，下列财产不得抵押：①土地所有权；②耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地所有权（法律另有规定的除外）；③学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；④所有权、使用权不明或者有争议的财产；⑤依法被查封、扣押、监管的财产；⑥依法不得抵押的其他财产。

（二）抵押合同和抵押物的登记

抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。抵押合同应当包括以下内容：①被担保的主债权种类、数额；②债务人履行债务的期限；③抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；④抵押担保的范围；⑤当事人认为需要约定的其他事项。抵押合同不完全具备以上规定内容的，可以补正。

当事人以法律规定的需要办理抵押物登记的财产作抵押的，应当向有关部门办理抵押登记，抵押合同自登记之日起生效。以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。

（三）抵押的效力

抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。《担保法》规定：抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知

受让人的，转让行为无效。转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。

抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。抵押权因抵押物灭失而消灭，因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

（四）抵押权的实现

抵押权的实现方式主要是折价或者拍卖、变卖抵押物。抵押担保债权可优于一般债权先受清偿，但若同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：①抵押合同自登记之日起生效的，该抵押物已登记的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；②抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿；抵押物已登记的先于未登记的受偿。

四、质押

（一）质押种类

质押包括动产质押和权利质押。动产质押是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。当债务人不履行债务时，债权人有权依照法律规定，以该动产折价或以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。该债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。权利质押是指以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单，依法可以转让的股份、股票，依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权，依法可以质押的其他权利等作为质权标的的担保。根据《担保法解释》的规定，依法可以质押的其他权利，还包括公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产的收益权。

（二）质押合同的内容和生效

出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。质押合同包括以下内容：①被担保的主债权种类、数额；②债务人履行债务的期限；③质物的名称、数量、质量、状况；④质押担保的范围；⑤质物移交的时间；⑥当事人认为需要约定的其他事项。质押合同不完全具备以上规定内容的，可以补正。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质押合同自权利凭证交付之日起生效。以依法可以转让的股票、商标专用权、专利权、著作权中的财产权出质的应当向有关部门办理出质登记，质押合同自登记之日起生效。以有限责任公司的股份出质的，适用《公司法》股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

（三）质押担保的范围和质权的实现

质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当

返还质物。债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖质物。质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债权人清偿。为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭。

五、留置

留置是指债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行合同债务时，债权人有权依法留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。因保管合同、运输合同、加工承揽合同以及法律规定可以留置财产的其他合同而发生的债权，债务人不履行债务的，债权人享有留置权。但当事人也可以在合同中约定不得留置的物。

留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。

债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于 2 个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定 2 个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。留置权因债权消灭，或者债务人另行提供担保并被债权人接受而消灭。

【例 6-13】 张某将其“风神”轿车一部送维修店修理，共花修理费 2 万元整。双方约定，完成修理工作后，张某先将车提走，5 日后付款。则下列说法不正确的有（ ）。

- A. 因双方当事人约定排除留置权的适用，因此维修店不得对该轿车行使留置权
- B. 因轿车的价值远远高于修理费，因此维修店不得对该轿车行使留置权
- C. 根据双方当事人约定的履行顺序，维修店不得对该轿车行使留置权
- D. 如果维修店能够证明张某无支付能力，则其可以对该轿车行使留置权

【解析】 正确答案为 ABC。留置权是法定的，当事人不能约定排除，因此选项 A 错误；不能因为轿车的价值高于修理费而阻碍留置权的行使，因此选项 B 错误；留置权的行使与双方当事人约定的履行顺序无关，因此选项 C 错误。

六、定金

定金是指合同当事人约定一方向对方给付一定数额的货币，以保证债权实现的担保方式。

《担保法》规定，当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定债务的，应当双倍返还定金。

定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%。

因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现的，可以适用定金罚则，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。因不可抗力、意外事件致使主合同不

能履行的，则不适用定金罚则。

单元五 合同的变更、转让与终止

一、合同的变更

合同的变更有广义和狭义两种含义。广义的合同变更包括合同主体的变更和合同内容的变更；狭义的合同变更仅指合同内容的变更。《合同法》中所说的变更是指狭义的变更，而将广义的主体变更称为合同的转让。

合同的变更是指在合同依法成立以后、尚未履行完毕之前，当事人就合同的内容进行修改或补充达成协议。合同变更须经双方当事人协商一致，非经协商程序，任何一方当事人不得擅自变更合同内容。对合同变更的内容，当事人须作出明确的约定。如果当事人虽经协商，但是对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更，当事人仍然有义务履行尚未变更的合同。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定办理相应的批准登记手续。

合同变更后，当事人应当按照变更后的合同履行。合同的变更，仅对变更后未履行的部分有效，对已履行的部分无溯及力。因合同的变更而使一方当事人受到经济损失的，受损一方可向另一方当事人要求损失赔偿。

二、合同的转让

合同的转让即合同主体的变更，是指当事人将依据合同享有的权利或者承担的义务，全部或部分转让给第三人的行为。合同转让包括债权转让、债务转让和权利义务一并转让三种类型。

（一）债权转让

债权转让即当事人将依据合同所享有的权利全部或者部分转让给第三人，一般情况下，当事人有权自主地将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：①根据合同性质不得转让；②按照当事人约定不得转让；③依照法律规定不得转让。

对于债权人而言，转让债权是债权人的一项权利，所以债权转让无须债务人的同意。但是为了便于债务人履行合同义务，也为了便于债权受让人实现其受让的债权，所以《合同法》规定，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。

根据从权利从属于主权利的原理，债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

《合同法》规定，债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。《合同法》还规定，债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

（二）债务转让

债务转让即当事人将依据合同应当承担的义务全部或者部分转让给第三人。债务转让有可能损害债权人债权的实现，因此，《合同法》规定，债务人将合同的义务全部或者部分转移

给第三人的，应当经债权人同意。法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。根据从义务从属于主义务的原理，债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

（三）权利义务一并转让

当事人将自己依据合同所享有的权利和义务一并转让给第三人。在该种转让情形下，受让人取代了让与人的法律地位，成为合同新的当事人，让与人完全脱离了合同关系，因此合同对让与人不再有法律约束力。因此，当事人一方将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人，须经对方同意。

对于当事人订立合同后发生合并、分立的情况，也存在合同权利或义务的转让问题。法律规定当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定办理相应的批准、登记手续。

【例 6-14】 甲公司（本例题下称“甲”）向乙公司（本例题下称“乙”）发出传真订货，该传真列明了货物的种类、数量、质量、供货时间、交货方式、付款方式等内容，并要求乙在 20 日内报价。乙接受甲传真列明的条件并按期报价，亦要求甲在 20 日内回复；甲按期复电同意其价格，并要求乙增加供货数量和订立合同书确认合同内容。乙在未签订合同书的情况下按甲提出的条件发货，甲收货后未提出异议，亦未及时支付货款。3 个月后因市场发生变化，该货物价格下降。甲遂向乙提出，由于双方未签订书面合同，买卖合同不能成立，故乙应尽快取回货物。乙不同意甲的意见，要求其偿付货款，二者发生纠纷。请回答下列问题。

（1）试述甲传真订货、乙报价、甲回复报价行为的法律性质。

（2）甲、乙之间的买卖合同是否成立？为什么？

（3）如果乙发现甲放弃其对关联企业的到期债权，并向其关联企业无偿转让财产，可能使乙的货款无法得到清偿时，乙可以向人民法院提出何种权利请求，以保护其利益不受侵害？

（4）如果甲在未征得乙同意的情况下把付款义务转移给了丙，事后将此事通知了乙，甲是否可以免除对乙的付款义务？为什么？

【解析】（1）甲传真订货行为的性质属于要约邀请。要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。该传真缺少价格条款，甲邀请乙报价，还不具有要约性质。乙接受甲传真列明的条件并按期报价的性质属于要约。根据《合同法》的规定，要约须具备两个条件：①内容具体确定；②表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。本案例中，乙同意甲方传真中的合同条件，并通过报价使合同价格条款内容具体确定，约定回复日期则表明其将受报价的约束，已具备要约的全部要件。甲按期复电同意乙的报价，同时要求增加供货数量和订立合同书确认合同内容，应视为新要约。

（2）通常情况下，采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，合同尚未成立。但是根据《合同法》的规定，当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式或者在合同书签字或盖章之前，一方当事人已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。本案例中，双方虽未签订书面合同，但乙已实际履行合同义务，甲亦接受并未提出异议，故合同成立。

(3) 乙可以向人民法院提出行使撤销权的请求, 撤销甲放弃到期债权、无偿转让财产的行为, 以维护其权益。

(4) 甲不可以免除对乙的付款义务。因为根据《合同法》的规定, 债务人转让债务必须经过债权人的同意, 否则对债权人不发生效力。本案例中, 如果甲在未征得乙同意的情况下将债务转让于丙, 该转让对乙不生效, 所以甲仍需向乙承担付款义务。

三、合同终止的具体情形

合同的终止, 是指因一定法律事实的发生, 使合同当事人双方权利义务关系归于消灭。合同关系消灭, 合同的法律效力即告终止。

《合同法》规定, 有下列情形之一的, 合同的权利义务终止: ①债务已经按照约定履行; ②合同解除; ③债务相互抵销; ④债务人依法将标的物提存; ⑤债权人免除债务; ⑥债权债务同归于一人; ⑦法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

(一) 合同的解除

合同解除是指在合同尚未履行完毕之前, 双方当事人经协商一致同意提前终止合同关系或者当事人一方基于法定事由行使解除权提前终止合同关系。合同解除有合意解除和法定解除两种。

(1) 合意解除是指根据当事人事先约定的情况或经当事人协商一致而解除合同。在订立合同时, 当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时, 解除权人可以解除合同。法律规定或者当事人约定解除权行使期限, 期限届满当事人不行使的, 该权利消灭; 法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限, 经对方催告后在合理期限内行使的, 该权利消灭。合同订立后, 经当事人协商一致, 也可以解除合同。

(2) 法定解除是指根据法律规定而解除合同。根据《合同法》规定, 有下列情形之一的, 当事人可以解除合同: ①因不可抗力致使不能实现合同目的; ②在履行期限届满之前, 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务; ③当事人一方迟延履行主要债务, 经催告后在合理期限内仍未履行; ④当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的; ⑤法律规定的其他情形。

当事人一方依法行使约定解除权或者法定解除权主张解除合同的, 应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的, 可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的, 依照其规定。

合同解除后, 尚未履行的, 终止履行; 已经履行的, 根据履行情况和合同性质, 当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施, 并有权要求赔偿损失。

(二) 债务抵销

当事人互负债权人和债务人时, 对债务可行使抵销的权利。债务的抵销有法定抵销和约定抵销之分。

(1) 法定抵销是指当事人互负到期债务, 且债务的标的物种类、品质相同的, 任何一方都可以将自己的债务与对方的债务抵销, 但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的, 应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

(2) 约定抵销是指当事人互负债务, 标的物种类、品质不相同的, 经双方协商一致, 一

方可以将自己的债务与对方的债务抵销。

（三）提存

提存是指在债务人因债权人的原因而无法向债权人给付标的物时，债务人可将该标的物提交于提存机关而使合同权利义务关系终止的一种法律制度。《合同法》规定，有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：①债权人无正当理由拒绝受领；②债权人下落不明；③债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；④法律规定的其他情形。

提存的标的物必须适于提存，若标的物不适于提存或者提存费用过高，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。

标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

【例 6-15】 甲与乙签订销售空调 100 台的合同，但当甲向乙交付时，乙以空调市场疲软为由，拒绝受领，要求甲返还货款。下列说法正确的有（ ）。

- A. 甲可以向有关部门提存这批空调
- B. 空调在向当地公证机关提存后，因遇火灾，烧毁 5 台，其损失应由甲承担
- C. 提存费用应由乙支付
- D. 若自提存之日起 5 年内乙不领取空调，则归甲所有

【解析】 正确答案为 AC。收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物的，承运人可以提存货物。货物不适于提存的，可以变卖后提存价款（《合同法》第三百一十六条）。本案例中，乙的理由不正当，甲可以向有关部门提存这批空调，提存费用由乙支付，因此 A、C 两个选项正确。

（四）债务的免除与混同

债权人免除债务是指债权人放弃部分或全部债权，免除债务人部分或者全部债务的一种单方法律行为。免除应由债权人向债务人作出明确的意思表示。自债权人向债务人作出明确的免除其债务的意思表示时起，即产生债务消灭的法律后果。

混同是指债权人和债务人同归于一人，从而使合同关系消灭。债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

（五）合同权利义务终止的法律后果

合同终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

单元六 违约责任

违约责任，是指合同当事人不履行合同义务或履行合同义务不符合约定时应承担的法律后果。违约责任制度是合同制度的重要内容，是保障债权实现及债务履行的重要措施。《合同法》规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

一、承担违约责任的主要形式

（一）继续履行

继续履行，即强制实际履行，是指当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，对方可以要求违约方继续履行合同义务，违约方拒不履行的，对方还可以请求人民法院强制其实际履行。将继续履行作为一种违约责任，其目的就是保证当事人缔约目的的实现。由于标的不同，有的合同可以适用继续履行，如金钱债务。有的合同则不一定能够适用继续履行，例如买卖合同的标的物发生意外灭失且无可替代物的情况就不能适用继续履行。《合同法》规定，当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：①法律上或者事实上不能履行；②债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；③债权人在合理期限内未要求履行。

（二）采取补救措施

补救措施，是指债务人履行合同义务不符合约定，债权人在请求人民法院或者仲裁机构强制债务人实际履行合同义务的同时，可根据合同履行情况要求债务人采取的补救履行措施。

《合同法》规定，质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，不能达成补充协议的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重做、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

（三）赔偿损失

赔偿损失，是指合同当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应依法或依照合同约定承担赔偿责任。损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到的因违反合同可能造成的损失。

当事人一方违约并造成损失后，另一方应及时采取合理的措施防止损失扩大。否则，无权请求违约方对扩大的损失进行赔偿。当事人因防止损失而支出的合理费用，由违约方承担。

（四）支付违约金

违约金，是指当事人一方在不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的情况下，向

对方当事人支付的一定数额的货币。

《合同法》规定，违约金责任需要当事人事先在合同中予以约定。当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金。没有约定违约金条款，也就不能要求违约方承担违约金责任，只能以其他责任形式来追究违约方的违约责任。

当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

《合同法》规定，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金。可见违约金与定金作为两种独立的违约责任形式，守约方享有选择权，但不能同时并用。

【例 6-16】 甲公司与乙公司签订了一项农产品买卖合同，合同标的额为 50 万元，约定甲公司每迟延交货 1 天，依合同总金额 1‰ 承担迟延履行违约金。乙公司又与丙公司签订了农产品购销合同，将该批农产品转售给丙公司。但甲公司由于收购不畅，迟延了 30 天才向乙公司交货。乙公司因此未能及时向丙公司供货，根据其与丙公司的合同约定，共支付违约金 2 万元。则下列表述正确的是（ ）。

- A. 甲公司应向乙公司支付 1.5 万元违约金作为其违约而致乙公司损失应承担的全部赔偿责任
- B. 甲公司应向乙公司支付总计 3.5 万元的违约损害赔偿金
- C. 乙公司可依违约金条款，要求甲公司支付 1.5 万元的违约金，由于该违约金低于乙公司所遭受的实际损失，因此乙公司还可以请求法院增加 5 000 元的赔偿金
- D. 甲公司支付违约金后，还应当履行债务

【解析】 正确答案为 CD。依据《合同法》第一百一十四条，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。在本案例中，由于甲公司的迟延履行而给乙公司造成的损失高于约定的违约金，因此乙公司有权要求甲公司按照合同支付 1.5 万元违约金。此外，还可以请求人民法院增加 5 000 元的赔偿金。而甲公司支付违约金后，按照《合同法》第一百一十四条的规定还应当履行债务，因此 C、D 两个选项正确。

【例 6-17】 甲公司于 2011 年 2 月 26 日向全国 12 家 A 设备供应商发出关于以招标方式购买 A 设备的信息，并对 A 设备的基本性质、质量、技术标准和供货时间进行了原则性规定，乙公司等 12 家供应商于 4 月 15 日参加了甲公司的招标会，并于当日投标。乙公司投标书的主要内容如下。

- (1) 向甲公司提供 A 设备 3 台，每台价格 64 万元；
- (2) 所提供设备的产地、规格、质量、性能及主要技术参数；
- (3) 乙公司于 2011 年 6 月 10 日前，将 3 台 A 设备运到甲公司所在地；
- (4) 甲公司开箱验货后，认为符合要求，则当即一次支付 80% 的货款；
- (5) 剩余 20% 货款在甲方试用设备期满后，于 6 月 25 日一次结清；

(6) 任何一方违约, 均按总标的的 15% 支付违约金;

(7) 乙公司中标后, 因未能按期供货而给甲公司带来损失的, 每日按总标的的 5% 支付赔偿金。

4 月 22 日, 乙公司收到中标通知。甲公司希望乙公司如期履行标书约定的权利和义务。6 月 10 日, 乙公司将 2 台 A 设备运往甲公司, 甲公司按实际收到的设备价格的 80% 开出银行汇票。乙公司提出应按 3 台设备的价格的 80% 支付, 甲拒绝接受。

6 月 13 日, 乙将剩下的 1 台设备运往甲公司, 并要求甲公司一次结清全部余款, 并由甲公司负担设备的运费, 甲公司认为乙公司付清全部款项的要求不合理, 至于运费, 由于标书中并未说明, 可以协商。

全部设备试用合格后, 甲公司于 6 月 25 日补付余款时, 要求乙公司同时向甲公司支付延期交货的违约金。乙公司认为甲公司属于无理要求, 虽有 1 台设备延期交货, 但未给甲公司带来损失。请回答下列问题:

(1) 合同订立过程中, 要约和承诺两个阶段分别在何时生效? 要约人、承诺人分别是哪一方? 说明理由。

(2) 6 月 13 日甲方拒绝乙方的付款要求是否合理? 说明理由。

(3) 甲方要求乙方支付违约金的理由是否成立? 说明理由。

(4) 如果双方达不成协议, 运费由哪一方负担? 为什么?

【解析】 (1) 要约于 2011 年 4 月 15 日生效, 要约人为乙公司。承诺于 4 月 22 日生效, 承诺人为甲公司。因为根据《合同法》规定, 要约到达受要约人时生效。承诺通知到达要约人时承诺生效。

(2) 6 月 13 日甲方拒绝乙方的要求合理。根据《合同法》规定, 合同当事人互负债务, 有先后履行顺序的, 先履行一方未履行的, 后履行一方有权拒绝其履行要求。本案例中, 合同约定: 乙公司于 2011 年 6 月 10 日前, 将 3 台 A 设备运到甲公司所在地, 甲公司开箱验货后, 认为符合要求, 则当即一次支付 80% 的货款。而乙的履行不符合合同, 甲公司可以履行后履行抗辩权。

(3) 甲方要求乙方支付违约金的理由成立。根据《合同法》规定, 违约金是对不能履行或不能完全履行义务的一方的惩罚性的补偿手段。不论违约的一方是否给对方造成损失, 都应当支付违约金。所以, 尽管乙方的违约没有给甲造成损失, 但仍应支付违约金。

(4) 运费由乙承担。因为《合同法》规定, 履行费用的负担不明确的, 由履行义务一方负担。

二、违约责任的免除

违约责任的免除, 是指在合同的履行过程中, 由于法律规定的或者当事人约定的免责事由, 致使当事人不能履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的, 当事人可以免于承担违约责任。

根据《合同法》的规定, 因不可抗力不能履行合同的, 根据不可抗力的影响, 部分或者全部免除责任, 但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的, 不能免除责任。

当事人一方因不可抗力不能履行合同的, 应当及时通知对方, 以减轻可能给对方造成的损失, 并应当在合理期限内提供证明。

约定的免责事由, 是指当事人在合同中以免责条款的方式约定的可以排除或者限制其未

来责任的事由。当事人在免责条款中约定的免责事由能否免除当事人的违约责任，取决于免责条款是否合法有效。无效的免责条款不能免除当事人的违约责任。《合同法》规定，格式条款提供方不得利用格式条款免除自身的责任。合同中的下列免责条款无效：①造成对方人身伤害的；②因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

需要指出的是，当事人一方因第三人的原因造成违约的，当事人不能以是第三人的原因为由要求免责，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

单元七 买卖合同

一、买卖合同的概念和主要内容

买卖合同是一方转移标的物的所有权于另一方，另一方支付价款的合同。转移所有权的一方为出卖人或卖方，支付价款而取得所有权的一方为买受人或买方。

买卖是商品交换最普遍的形式，也是典型的有偿合同。根据《合同法》第一百七十四条、第一百七十五条的规定，法律对其他有偿合同的事项未作规定时，参照买卖合同的规定；易货交易移转标的物所有权的合同，也参照买卖合同的规定。

根据《公司法》的规定，并结合实践，买卖合同主要包括以下内容：①当事人的名称和住所；②产品的名称、品种、规格和质量等；③产品的数量和计量单位、计量方法；④产品的包装标准和包装物的供应与回收；⑤产品的交货单位、交货方法、运输方式、到发地点；⑥产品的交（提）货期限；⑦产品的价格与货款的结算；⑧验收方法；⑨对产品提出异议的时间和办法；⑩乙方的违约责任；⑪甲方的违约责任；⑫合同争议的解决方式；⑬合同生效时间。

二、买卖合同的标的物

买卖合同的标的物必须是有体物，不包括财产权。《合同法》第一百三十条明确规定为“移转标的物的所有权”，因此我国买卖合同的标的物不包括其他财产权，如债权、知识产权等。

三、当事人的权利和义务

（一）出卖人的主要权利

- （1）出卖人出卖属于其所有或有权处分的标的物。
- （2）出卖具有知识产权的计算机软件、图纸等标的物的，出卖人仍拥有该标的物的知识产权，法律及当事人另有约定的除外。
- （3）出卖人享有收取价款的权利。
- （4）出卖人享有标的物交付前产生的孳息。

（二）出卖人的主要义务

1. 交付标的物

交付标的物是出卖人的首要义务，也是买卖合同最重要的合同目的。

2. 移转标的物的所有权

买受人的最终目的是获得标的物的所有权，将标的物所有权转移给买受人是出卖人的另一项主要义务，这也是买卖合同区别于其他涉及财产移转占有的合同的本质特性之一。

3. 瑕疵担保义务

出卖人对其所转让的财产负权利瑕疵和物的瑕疵的担保义务。

(1) 权利瑕疵担保义务，是指出卖人就其所移转的标的物，担保不受他人追夺以及不存在未告知权利负担的义务。标的物的权利瑕疵，可表现为出卖人未告知该标的物上负担着第三人的权利，或者出卖人未告知标的物无权处分。根据《合同法》的规定，权利瑕疵须为在买卖合同成立时即已存在，且于合同成立后仍未能除去，同时买受人不知道权利瑕疵的存在。否则，出卖人不承担权利瑕疵担保责任。标的物存在权利瑕疵时，买受人可请求出卖人除去权利负担，并可根据债务不履行的规定，请求出卖人负不履行债务或损害赔偿的责任。

(2) 物的瑕疵担保义务，是指出卖人就其所交付的标的物具备约定或法定品质所负的担保义务，即出卖人须保证标的物移转于买受人之后，不存在品质或使用价值降低、效用减弱的瑕疵。标的物欠缺约定或法定品质的，称为物的瑕疵。依其被发现的难易程度，物的瑕疵可划分为表面瑕疵和隐蔽瑕疵。

认定物的瑕疵的标准，合同有约定的，依合同约定；如合同无约定而由出卖人提供标的物的样品或有关标的物的质量说明的，以该样品或说明的质量标准为依据。不存在上述两种依据时，如当事人事后协商标准，依协商标准；如无协商标准，按照合同的有关条款或交易习惯所确定的标准。标准仍不能确定的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

标的物瑕疵应由出卖人负担担保义务时，如有瑕疵，买受人可以请求减少价款，也可以要求出卖人更换、修理或者自行修理，费用由出卖人负担。因标的物的瑕疵使合同目的不能实现时，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。因标的物主物有瑕疵而解除合同时，解除合同的效力及于从物；反之，从物有瑕疵的，仅能部分解除合同，解除的效力不及主物。标的物为数物时，其中一物有瑕疵的，买受人仅就有瑕疵的物解除合同；数物之价值不能分离的，则可就数物解除合同；买卖标的物是分批交付的，买受人只能就不能达到合同目的的该批标的物部分解除合同，但各批标的物有关联的，则可就该批以及以后的各批标的物解除合同。

(三) 买受人的主要权利

(1) 出卖人交付的不符合质量要求的标的物致使买受人不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。

(2) 买受人有确切证据证明第三人可能就标的物主张权利的，可以终止支付相应的价款，但出卖人提供适当担保的除外。

(3) 买受人对出卖人多交付的标的物，可以接收也可以拒绝，对接收多交的部分，买受人按照合同的价格支付价款；若买受人拒绝接收多交的标的物，应当及时通知出卖人。

(4) 买受人享有标的物交付之后产生的孳息。

(四) 买受人的主要义务

1. 支付价款

价款是买受人获取标的物的所有权的对价。依合同的约定向出卖人支付价款，是买受人

的主要义务。买受人须按合同约定的数额、时间、地点支付价款，并不得违反法律以及公共秩序和善良风俗。合同无约定或约定不明确的，应依法律规定、参照交易惯例确定。

2. 受领标的物

对于出卖人交付标的物及其有关权利和凭证，买受人有及时受领义务。

3. 对标的物检查通知的义务

买受人受领标的物后，应当在当事人约定或法定期限内，依通常程序尽快检查标的物。若发现应由出卖人负担保责任的瑕疵时，应妥善保管标的物并将其瑕疵立即通知出卖人。

四、标的物毁损、灭失风险的承担

标的物风险责任承担，是指买卖合同履行过程中发生的标的物意外毁损灭失的风险由哪一方当事人承担。在买卖合同中，对于债务不履行或不协助履行，标的物的风险通常由有过失的一方承担。在标的物非因双方当事人的故意或过失而发生意外毁损灭失的情况下，根据我国《合同法》的规定，风险承担按交付原则确定。具体来说，即标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。对于不动产或船舶、航空器等以登记为权利变动公示的，风险由所有人负担。对于各种不同交付方式，《合同法》确定的风险承担原则如下：①买受人亲自提取标的物的，出卖人将标的物置于约定或法定地点时起，风险由买受人承担。②出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定外，自合同成立时起，在途风险由买受人承担。③对于需要运输的标的物，没有约定交付地点或约定不明确的，自出卖人将标的物交付给第一承运人起，风险由买受人承担。④买受人受领迟延的，自迟延成立时起负担标的物风险。根据《合同法》的规定，出卖人未按照约定交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。因标的物质量不符合要求致使不能实现合同目的，买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

标的物交付前产生的孳息，归出卖人所有；交付之后产生的孳息，归买受人所有。

【例 6-18】 时值寒冬，甲到集市上买狗肉，看到乙在出售韩国肉狗且提供当场免费宰杀服务。甲遂以 200 元买了一只狗，并付清了价款。甲正要将狗带走时，乙表示其可以提供当场免费宰杀、剥皮等服务，甲欣然同意。宰杀狗的过程中，发现狗的腹中有狗宝一只，可做成中药，且价值不菲。双方遂为其归属发生争议，则（ ）。

- A. 买卖合同成立，但因无偿承揽的存在，交付以占有改定形式完成，应归甲所有
- B. 是乙饲养的结果，甲未付出任何劳动，所以应归乙所有
- C. 此时狗尚为乙占有，尚未完成交付，因此应归乙所有
- D. 应当根据公平原则，由双方折价平分

【解析】 正确答案为 A。孳息归所有权人是孳息归属的一般原则。标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有（《合同法》第一百六十三条）。交付在一般情况下导致标的物所有权的转移，因此交付作为孳息所有权转移的界限，符合孳息归所有权人的一般原则。本案例中，交付以占有改定形式完成，所以狗宝应归甲所有。

五、买卖合同价款的支付

买受人应当按照约定的数额支付价款。对价款没有约定或者约定不明确的，价款不明确的，除依法由政府定价的以外，按照订立合同时履行地的市场价格履行。由法律确定价款是

为了弥补当事人订立合同时考虑的不足,而依订立合同时的市场价格确定是合理地反映当事人的心理状态的办法。对支付地点没有约定或者约定不明确,依照《合同法》第六十一条的规定仍不能确定的,买受人应当在出卖人的营业地支付,但约定支付价款以交付标的物或者交付提取标的物单证为条件的,在交付标的物或者交付提取标的物单证的所在地支付。买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或者约定不明确,依照《合同法》第六十一条的规定仍不能确定的,买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同时支付。

【例 6-19】 甲、乙公司拟签订一项以 A 种货物为标的的买卖合同,甲要求丙公司为乙付款提供担保,当乙不能付款时由丙连带承担偿付货款的责任。考虑到乙经营情况良好,丙同意提供担保并与甲签订了书面保证合同。买卖合同签订后,甲以不能全部提供 A 种货物为由,与乙协商将标的物 A 改成 B 种货物,甲乙双方达成改变合同标的的协议,但未通知丙。甲在约定的时间内仍不能提供全部的 B 种货物,在未经乙同意的情况下与丁公司达成协议,不足的部分由丁向乙提供。甲、丁向乙提供了全部的货物,但超出了甲、乙约定的供货时间。乙虽然接受了货物,但以甲丁未按期履行供货义务为由,行使后履行抗辩权,拒绝履行付款义务。甲诉至法院,请求判令丙偿还货款。请回答下列问题。

(1) 甲乙双方达成的改变标的物的协议是否有效?其造成的后果是什么?

(2) 甲丁达成的提供货物协议对乙是否有效?为什么?

(3) 乙行使后履行抗辩权是否合法?为什么?

(4) 甲的诉讼请求是否能得到法院的支持?为什么?

【解析】 (1) 有效。因为我国《合同法》规定,合同订立后经过当事人的协商一致可以变更合同。但是合同变更时因未经保证人丙的书面同意,所以合同变更导致保证人丙不再承担保证责任。

(2) 甲丁之间订立的供货合同对乙无效。因为按照我国《合同法》的规定,债务人转让债务应经债权人同意,甲将自己的合同义务转让给丁并未经乙的同意,因此对甲丁之间订立的供货合同对乙无效。

(3) 不合法。因为已经接受了货物,证明甲已经履行了义务,仅以甲履行义务逾期,不具备行使后履行抗辩权的条件,乙可以要求甲承担违约责任,但依法不能行使抗辩权。

(4) 不能得到法院的支持。因为合同变更未经丙的同意,丙的担保责任已经免除,丙不再承担担保责任。

单元八 借款合同

一、借款合同的概念和主要内容

(一) 借款合同的概念

借款合同,是当事人约定一方将一定种类和数额的货币所有权移转给他方,他方于一定期限内返还同种类同数额货币的合同。其中,提供货币的一方为贷款人,受领货币的一方为借款人。

（二）借款合同的主要内容

借款合同的内容主要包括借款种类、币种、借款用途、借款金额、借款利率、借款和还款期限、还款资金来源及还款方式、保证条款、违约责任和解决合同纠纷的方式。

其中，违约责任主要包括：

1. 借款方的违约责任

（1）借款方不按合同规定的用途使用借款，贷款方有权收回部分或全部贷款，对违约使用的部分，按银行规定的利率加收罚息；情节严重的，在一定时期内，银行可以停止发放新贷款。

（2）借款方如逾期不还借款，贷款方有权追回借款，并按银行规定加收罚息。借款方提前还款的，应按规定加（减）收利息。

（3）借款方使用借款造成损失浪费或利用借款合同进行违法活动的，贷款方应追回贷款本息，有关单位对直接责任人应追究行政和经济责任；情节严重的，由司法机关追究刑事责任。

2. 贷款方的违约责任

（1）贷款方未按期提供贷款，应按违约数额和延期天数，付给借款方违约金，违约金数额的计算应与加收借款方的罚息计算相同。

（2）银行、信用合作社的工作人员，因失职行为造成贷款损失浪费或利用借款合同进行违法活动的，应追究行政和经济责任；情节严重的，应由司法机关追究刑事责任。

二、当事人的权利和义务

（一）贷款人的主要权利

（1）有权请求返还本金和利息。

（2）对借款使用情况的监督检查权。贷款人可以按照约定监督检查贷款的使用情况。

（3）停止发放借款、提前收回借款和解除合同权。借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

（二）贷款人的主要义务

（1）贷款人应按贷款合同约定的日期、数额向借款人提供借款，造成借款人损失的应当赔偿损失。办理贷款业务的金融机构贷款的利率，应当按照中国人民银行规定的贷款利率上下限确定。

（2）借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，按照实际借款数额返还借款并计算利息。

（3）贷款人未按照约定的日期、数额提供借款的，应当按照约定支付违约金。没有约定违约金的，或造成借款人损失的应当赔偿损失。

（4）贷款人不得将借款人的商业秘密泄露于第三方，否则，应承担相应的法律责任。

（三）借款人的主要权利

（1）有权要求贷款方按照合同规定，取得约定数额的货币。

(2) 借款人提前偿还借款的, 除当事人另有约定的以外, 应当按照实际借款的期间计算利息。

(3) 借款人可以在还款日期届满之前向贷款人申请展期。贷款人同意的, 可以展期。当事人双方可以重新确定展期后的利率。

(四) 借款人的主要义务

(1) 提供真实情况。订立借款合同, 借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

(2) 按照约定用途使用借款。合同对借款有约定用途的, 借款人须按照约定用途使用借款, 接受贷款人对贷款使用情况实施的监督检查。借款人未按照约定的借款用途使用借款的, 贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

(3) 按期归还借款本金和利息。当借款为无偿时, 借款人须按期归还借款本金; 当借款为有偿时, 借款人除须归还借款本金外, 还必须按约定支付利息。

三、借款利息的规定

民间借贷的利率可以高于银行利率, 但最高不得超过银行利率的 4 倍 (含利率本数), 但一定要明确约定, 没有约定利息的, 视为无息借款。约定超出银行同期利率 4 倍的, 超出部分的利息依法不予保护。出借人不得将利息计入本金谋取高利, 审理中发现借款人将利息计入本金计算复利的, 只返还本金。

【例 6-20】 甲乙二人签订了一份借款合同, 甲为借款人, 乙为出借人, 借款数额为 500 万元, 借款期限为 2 年。丙、丁为该借款合同进行保证担保, 担保条款约定, 如果甲不能如期还款, 丙、丁承担保证责任。戊对甲、乙的借款合同进行了抵押担保, 担保物为一批布匹 (价值 300 万元), 未约定担保范围。请回答下列问题。

(1) 设甲、乙均为生产性企业, 借款合同的效力如何? 为什么?

(2) 设甲、乙均为生产性企业, 甲到期无力还款, 丙、丁应否承担责任? 为什么?

(3) 设甲、乙之间的合同有效, 甲与乙决定推迟还款期限 1 年, 并将推迟还款协议内容通知了丙、丁、戊, 丙、丁、戊未予回复。丙、丁、戊是否承担担保责任? 为什么?

(4) 设甲、乙决定放弃戊的抵押担保, 且签订了协议, 但未取得丙、丁的同意。则丙、丁是否承担保证责任? 为什么?

(5) 设甲到期不能还款, 乙申请人民法院对戊的布匹进行拍卖, 拍卖价款为 550 万元, 扣除费用后得款 520 万元, 足以偿还乙的本金、利息和费用。乙能否以拍卖所得清偿自己的全部债务? 为什么?

(6) 设戊的布匹因不可抗力灭失; 丙被宣告失踪, 其财产已由庚代管。现甲不能偿还到期债务, 丁偿还了乙的全部债权, 丁的追偿权可向谁行使? 为什么?

【解析】 (1) 无效。借款合同属于违法资金拆借行为, 合同无效。

(2) 不承担保证责任, 但应承担过错赔偿责任。该过错赔偿责任为不能还款数额的 1/3。主合同无效, 担保合同无效。但债务人、担保人、债权人有过错的, 应当根据各自相应的过错承担责任。

(3) 保证人丙、丁不承担保证责任, 但抵押人戊仍应承担担保责任。保证合同未约定保证期限的, 为主债务履行届满之日起 6 个月, 现甲、乙推迟还款期限 1 年, 未取得保证人的

书面同意，保证人只在原保证期限内承担保证责任。因超出了 6 个月的保证期限，故保证人不承担保证责任。

(4) 保证人丙、丁仍应承担 200 万元的保证责任。因为债权人放弃物保的，保证人在放弃物保的范围内免除保证责任。

(5) 可以。同一债权既有第三人提供的保证，又有第三人提供的抵押且未约定担保范围的，债权人可向任一担保人请求全部清偿。

(6) 丁可向债务人甲和财产代管人庚追偿。保证人承担保证责任后就取得了对债务人的追偿权。保证人承担保证责任后，就取得对其他担保人的应承担份额的追偿权。戊作为抵押担保人，其抵押物灭失，抵押权消灭。故其丧失抵押担保人的身份，丁不能向戊追偿。丙已失踪，其财产由庚代管，财产代管人在诉讼中可为诉讼当事人。故丁可向庚追偿。

单元九 租赁合同

一、租赁合同的概念和主要内容

租赁合同是指出租人将租赁物交付给承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。在当事人中，提供物的使用或收益权的一方为出租人；对租赁物有使用或收益权的一方为承租人。租赁物须为法律允许流通的动产和不动产。

租赁合同的内容主要包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金以及其支付期限和方式、租赁物维修等条款。

二、当事人的权利和义务

(一) 出租人的主要权利

(1) 收取租金权。出租人可以按照约定向承租人收取租金。承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以要求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

(2) 对租赁物的转让权。出租人对租赁物享有所有权，有权出卖、赠与租赁物。出租人将租赁物转让给第三人，应当通知承租人。租赁合同对新的所有人和承租人继续有效。租赁物转让后，当事人又解除转让合同的，承租人与原出租人恢复租赁关系。

(3) 解除合同的权力。按照约定或者依照法律规定，出租人在特定情况下可以解除合同。承租人未按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。

(4) 租赁物的收回权。租赁合同终止时，出租人有权收回租赁物。出租人因过错未受领租赁物的，在租赁物滞留期间，应当承担迟延受领的违约责任。

(二) 出租人的主要义务

(1) 交付出租物。出租人应依照合同约定的时间和方式交付租赁物。物的使用以交付占有为必要的，出租人应按照约定交付承租人实际占有使用。物的使用不以交付占有为必要的，出租人应使之处于承租人得以使用的状态。如果合同成立时租赁物已经为承租人直接占有，

从合同约定的交付时间起承租人即对租赁物享有使用收益权。

(2) 在租赁期间保持租赁物符合约定用途。租赁合同是继续性合同,在其存续期间,出租人有继续保持租赁物的法定或者约定品质的义务,使租赁物合于约定的使用收益状态。倘发生品质降低而害及承租人使用收益或其他权利时,则应维护修缮,恢复原状。因修理租赁物而影响承租人使用、收益的,出租人应相应减少租金或延长租期,但按约定或习惯应由承租人修理,或租赁物的损坏因承租人过错所致的除外。

(3) 物的瑕疵担保。出租人应担保所交付的租赁物能够为承租人依约正常使用、收益的状态,即交付的标的物须合于约定的用途。

(4) 权利的瑕疵担保。出租人应担保不因第三人对承租人主张租赁物上的权利而使承租人无法依约对租赁物进行使用收益。

(三) 承租人的主要权利

(1) 承租人按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物,致使租赁物受到损耗的,不承担损害赔偿责任。

(2) 承租人在租赁物需要维修时,可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的,承租人可以自行维修,维修费用由出租人负担。

(四) 承租人的主要义务

(1) 支付租金。承租人应当按照约定的期限支付租金。承租人无正当理由未支付租金或延期支付租金的,出租人可以要求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的,出租人可以解除合同。

(2) 按照约定的方法使用租赁物。承租人应按照约定的方法使用租赁物;无约定的或约定不明确的,可以由当事人事后达成补充协议来确定;不能达成协议的,按合同的有关条款或交易习惯确定;仍不能确定的,应根据租赁物的性质使用。承租人按照约定的方法或者按租赁物的性质使用致使租赁物受到损耗的,因属于正常损耗,不承担损害赔偿责任。承租人不按照约定的方法或者按租赁物的性质使用致使租赁物受到损耗的,实为承租人违约,出租人可以解除合同并要求赔偿损失。

(3) 妥善保管租赁物。承租人应妥善保管租赁物,未尽妥善保管义务,造成租赁物毁损灭失的,应当承担损害赔偿责任。

(4) 不得擅自改善和增设他物。承租人经出租人同意,可以对租赁物进行改善和增设他物。承租人未经出租人同意对租赁物进行改善和增设他物的,出租人可以请求承租人恢复原状或赔偿损失。

(5) 通知义务。在租赁关系存续期间,出现以下情形之一的,承租人应当及时通知出租人:①租赁物有修理、防止危害的必要;②其他依诚实信用原则应该通知的事由。承租人怠于通知,致出租人不能及时救济而受到损害的,承租人应负赔偿责任。

(6) 返还租赁物。租赁合同终止时,承租人应将租赁物返还出租人。逾期不返还,即构成违约,须给付违约金或逾期租金,并须负担逾期中的风险。经出租人同意对租赁物进行改善和增设他物的,承租人可以请求出租人偿还租赁物增值部分的费用。

(7) 承租人转租租赁物时须经出租人同意。转租与债的转移不同。转租期间,承租人与出租人的租赁合同继续有效,第三人不履行对租赁物妥善保管义务造成损失的,由承租人向

出租人负赔偿责任。承租人未经同意而转租的,出租人可终止合同。

【例 6-21】 某房地产开发公司(以下简称“开发公司”)因贷款需要,将其所有的一套商住楼抵押给某商业银行(以下简称“银行”)。此后,开发公司又将该商住楼出租。后因无力偿还银行贷款,开发公司与银行协商,将该商住楼折抵给银行,以清偿其所欠贷款。银行获得该商住楼的所有权后,拟自行使用,故向各租户发出解除租赁合同的书面通知。各租户认为租赁合同尚未到期,拒绝搬出。请回答下列问题。

(1) 开发公司在将商住楼抵押后又将其出租的行为是否有效?

(2) 银行是否有权解除租赁合同?

(3) 本案例中,如果开发公司是将已出租的商住楼向银行设定抵押,情形又将如何?

【解析】 (1) 抵押权的设定,并不影响抵押人作为抵押物的所有权人行使对抵押物的使用、占有、处分和收益的权利。抵押人将抵押物出租,属于对抵押物行使收益权的行为。即便抵押人对抵押物进行转让,根据《担保法》的规定,也只须向抵押权人和受让人履行告知义务,而无须征得抵押权人的同意。抵押人转让抵押物,未履行告知义务的,根据《担保法》司法解释,并不导致转让无效,但是抵押权人对转让后的抵押物仍可行使抵押权。因此,开发公司在将商住楼抵押后又将其出租的行为有效。

(2) 由于抵押权设定于前,租赁权设定于后,根据《担保法》司法解释的规定,抵押可破除租赁,银行受让该楼的所有权后,原先的租赁合同对其无约束力,银行有权解除租赁合同。

(3) 如果开发公司是将已出租的商住楼向银行设定抵押,由于租赁权设定于前,抵押权设定于后,根据《担保法》司法解释的规定,抵押不破租赁,银行无权解除租赁合同。

训练题

一、单项选择题

1. 对外负债有 300 万元的甲公司将一部分优良资产分离后另成立乙公司,甲、乙公司和债权人对于清偿 300 万元债务的问题没有协议。根据《合同法》的规定,下列关于公司分立后 300 万元债务清偿责任的表述中,正确的是()。

- A. 应当由乙公司一方承担清偿责任
- B. 应当由甲公司一方承担清偿责任
- C. 应当由甲公司和乙公司按约定比例承担清偿责任
- D. 应当由甲公司和乙公司承担连带清偿责任

2. 根据《合同法》的规定,当事人既约定违约金,又约定定金的,一方违约时,对方可以采取的追究违约责任的方式是()。

- A. 只能适用定金条款
- B. 只能适用违约金条款
- C. 合并适用违约金和定金条款
- D. 选择适用违约金或定金条款

3. 甲于某年 2 月 14 日向乙发出签订合同的要约,乙于 2 月 28 日承诺同意,甲乙双方在 3 月 13 日签订合同,合同中约定该合同于 3 月 25 生效。根据《合同法》的规定,该合同的成立时间是()。

- A. 2 月 14 日
- B. 2 月 28 日
- C. 3 月 13 日
- D. 3 月 25 日

4. 根据《合同法》的规定,下列情形中,要约没有发生法律效力的是()。

- A. 撤回要约的通知与要约同时到达受要约人
- B. 撤销要约的通知在受要约人发出承诺通知之前到达

- C. 同意要约的通知到达要约人
D. 受要约人对要约的内容作出实质性变更
5. 根据《合同法》的规定,可撤销合同的当事人行使撤销权的有效期限是()。
A. 自合同签订之日起1年内
B. 自合同签订之日起2年内
C. 自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内
D. 自知道或者应当知道撤销事由之日起2年内
6. 甲与乙签订了标的额为20万元的买卖合同,为保障合同的履行,合同中附加了定金条款。根据《合同法》的规定,该合同定金数额最多不得超过()。
A. 4万元 B. 6万元 C. 8万元 D. 10万元
7. 甲公司与乙饮料厂签订一份买卖纯净水的合同,约定提货时付款。甲公司提货时称公司出纳员突发急病,支票一时拿不出来,要求先提货,过两天再把货款送来,乙饮料厂拒绝了甲公司的要求。乙饮料厂行使的这种权利在法律上称为()。
A. 不安抗辩权 B. 先履行抗辩权
C. 后履行抗辩权 D. 同时履行抗辩权
8. 根据《担保法》的规定,下列财产中,可以用作抵押的是()。
A. 土地所有权 B. 所有权有争议的财产
C. 依法被扣押的财产 D. 抵押人所有的厂房
9. 某家工商公司的采购员刘某持该公司出具的采购农副产品的介绍信,与某供销社签订购买100吨大米的购销合同。某供销社按照合同规定的日期将100吨大米运送至某工商公司后,被某工商公司拒收,理由为只是让刘某外出购买水产品,并没有让其采购大米。依照法律规定,()。
A. 刘某超越代理权限,合同无效
B. 刘某的代理行为有效,公司不得违约
C. 刘某擅自作主,个人应承担责任,公司不承担责任
D. 刘某和公司负连带责任
10. 甲公司与乙公司依法订立一份总货款为20万元的买卖合同。合同约定违约金为货款总值的5%。同时,甲公司向乙公司付定金5000元,后乙公司违约,给甲公司造成损失2万元。乙公司应依法向甲公司偿付()。
A. 2万元 B. 3.5万元 C. 2.5万元 D. 3万元

二、多项选择题

1. 根据《合同法》的规定,当事人在订立合同过程中实施的下列行为,属于缔约过失的有()。
A. 假借订立合同,恶意进行磋商
B. 明知对方为限制行为能力人而与其进行合同磋商
C. 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实
D. 提供与订立合同有关的虚假信息
2. 根据《合同法》的规定,下列各项中,属于无效合同的有()。
A. 因重大误解订立的合同 B. 以合法形式掩盖非法目的的合同
C. 损害社会公共利益 D. 恶意串通损害第三人利益的合同

3. 下列各项中, 除双方当事人意思表示一致外, 还须交付标的物才能成立的合同有()。
- A. 普通货物买卖合同 B. 委托合同 C. 动产质押合同 D. 定金合同
4. 下列各项中, 可以成为合同标的的有()。
- A. 生产资料 B. 自然人 C. 智力成果 D. 劳务
5. 法人甲完全违约, 给对方乙造成损失 15 万元, 《合同法》规定违约金比例为货款总额的 10%, 货款总额为 200 万元, 则下面的说法不正确的有()。
- A. 甲应赔偿乙 15 万元
B. 甲应赔偿乙 200 万元
C. 甲应赔偿乙 20 万元
D. 甲应赔偿乙 15 万元损失, 同时支付违约金 20 万元
6. 下列承诺行为不发生承诺效力的有()。
- A. 附条件地接受要约
B. 撤回承诺的通知与承诺同时到达要约人
C. 撤回承诺的通知因送达的原因后于承诺到达, 要约人未及时将该情况通知受要约人
D. 承诺因送达的原因于要约有效期限届满后到达要约人, 要约人及时将该情况通知了受要约人
7. 甲、乙两公司依法签订了一份买卖某产品的合同。该产品按规定须执行国家定价。在乙公司逾期交货的情况下, 该产品价格执行的原则有()。
- A. 遇价格上涨时, 按原价格执行 B. 遇价格上涨时, 按新价格执行
C. 遇价格下降时, 按新价格执行 D. 遇价格下降时, 按原价格执行
8. 根据《合同法》的规定, 下列情况下, 允许变更或解除合同的有()。
- A. 当事人双方经协商同意, 并且不因此损害国家利益和社会公共利益
B. 由于不可抗力致使合同义务不能履行
C. 由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同, 致使合同目的不能实现、不能履行
D. 合同一方当事人未按要求履行合同
9. 在下列情况下, 要约不得撤销的有()。
- A. 要约中确定了承诺期限
B. 受要约人有理由认为要约是不可撤销的, 并且已经为履行合同做了准备工作
C. 要约中明示要约不可撤销
D. 要约已经发出
10. 债权人以对自己造成损害为由, 请求人民法院予以撤销债务人的下列行为, 人民法院应予以支持的有()。
- A. 债务人怠于行使其到期债权
B. 债务人放弃其到期债权
C. 债务人无偿将财产赠与他人
D. 债务人以明显不合理的低价转让财产, 但受让人不知道

三、判断题

1. 受要约人对要约的内容作出变更的, 为新要约。()
2. 限制行为能力人订立的合同, 必须经法定代理人追认后才有效。()

3. 逾期交付标的物的, 遇价格上涨时, 按照新价格执行; 价格下降时, 按照原价格执行。()
4. 债务人转让债务的, 应当通知债权人, 未经通知, 该转让对债权人不发生效力。()
5. 标的物不适于提存或者提存费用过高的, 债务人可以拍卖或者变卖标的物, 提存所得的价款。()
6. 当事人一方因第三人的原因造成违约的, 应当由第三人向对方承担违约责任。()
7. 合同部分无效, 不影响其他部分效力的, 其他部分仍然有效。()
8. 质权因质物灭失而消灭, 因灭失所得赔偿金, 应当作为出质财产。()
9. 在保证期间, 债权人许可债务人转让债务的, 应当至少取得保证人的口头同意。()
10. 在买卖合同中, 当事人约定检验期间的, 买方应在检验期间内将标的物不符合约定的情形通知卖方, 怠于通知的, 视为标的物的数量和质量符合约定。()

四、综合题

1. A 市甲公司因转产致使一台价值 1 200 万元的精密机床闲置。某年 6 月 1 日, 甲公司与 B 市乙公司签订了一份机床转让合同。合同约定: 精密机床作价 1 000 万元, 甲公司于 6 月 30 日前交货, 交货地点在乙公司位于 C 市的生产车间; 乙公司在收货后 15 日内付清货款; 若甲公司的精密机床有质量问题, 应按合同总价款的 30% 向乙公司交付违约金。在交货日前, 甲公司发现乙公司经营状况严重恶化, 遂通知乙公司中止履行合同并要求乙公司提供担保。乙公司请丙企业为其提供保证。6 月 20 日, 甲公司与丙企业签订保证合同, 合同未就保证方式和保证范围作出约定。6 月 21 日, 乙公司还以公司董事长王某的祖传古董(估价为 100 万元) 为甲公司设定质押担保。双方签订了质押合同, 并于 6 月 22 日将该古董交付于甲公司。其后, 甲公司如约交付了机床, 但乙公司未能如约清偿货款, 甲公司因此直接要求丙企业履行清偿货款的保证责任。丙企业主张: 甲公司应先实现质权, 对未获实现的债权再请求丙企业履行清偿责任。双方因此争执不下。后为防止纠纷扩大, 甲公司只好先通过拍卖古董实现质权, 再请求丙企业清偿剩余未获实现的货款债权, 丙企业履行了清偿义务。随后在机床使用过程中, 乙公司发现机床有质量问题, 与合同的约定严重不符, 致使乙公司合同目的不能实现, 并给其造成损失 100 万元。乙公司遂向 C 市人民法院起诉, 要求解除合同, 返还货款, 并由甲公司按合同约定支付违约金 300 万元。甲公司答辩时请求人民法院减少违约金数额。要求: 根据上述情况与《合同法》、《担保法》、《民事诉讼法》的有关规定, 回答下列问题。

(1) 甲公司于交货日前通知乙公司中止履行合同的作法, 属于行使什么权利?

(2) 在甲公司与丙企业签订的保证合同中, 丙企业应承担何种方式的保证责任? 简要说明理由。

(3) 甲公司与乙公司签订的质押合同何时生效? 简要说明理由。

(4) 丙企业关于甲公司应先行实现质权的主张是否符合法律规定? 简要说明理由。

(5) 乙公司就合同纠纷向 C 市人民法院提起诉讼是否符合法律规定? 简要说明理由。

(6) 人民法院是否应该支持甲公司减少违约金数额的请求? 简要说明理由。

2. 某年 3 月 20 日, 上海的甲公司与北京的乙公司签订了一份买卖合同, 约定: 甲公司向乙公司购买 1 000 吨化工原料, 总价款为 200 万元; 乙公司在合同签订后 1 个月内交货, 甲公司在验货后 7 日内付款。双方没有明确约定履行地点。合同签订后, 甲公司以其办公用楼作为抵押向丙银行借款 200 万元, 并办理了抵押登记手续。由于办公用楼的价值仅为 100 万元, 甲公司又请求丁公司为该笔借款提供了保证担保。丙银行与丁公司的保证合同没有约定

保证方式及保证范围，但约定保证人承担保证责任的期限至借款本息还清时为止。4月10日，乙公司准备通过铁路运输部门发货时，甲公司的竞争对手告知乙公司，甲公司因经营状况不佳，将要破产。乙公司随即暂停了货物发运，并电告甲公司暂停发货的原因，要求甲公司提供担保。甲公司告知乙公司：本公司经营正常，货款已经备齐，乙公司应尽快履行合同，否则将追究违约责任。但乙公司坚持要求甲公司提供担保。甲公司急需这批货物，只好按照乙公司的要求，提供了银行保函。5月25日，乙公司收到银行保函，当日向铁路运输部门支付了运费并发货。货物在运输途中，遇泥石流灾害全部灭失。借款合同到期后，甲公司没有偿还丙银行的借款本息。要求：根据上述内容，分别回答下列问题。

(1) 乙公司暂停发货是否有法律依据？并说明理由。

(2) 在买卖合同履行地点约定不明确的情况下，应当如何交付标的物？

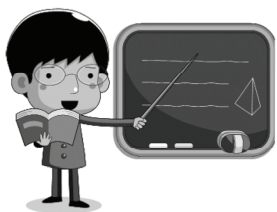
(3) 货物灭失的损失应当由谁承担？并说明理由。

(4) 铁路运输部门是否应当依据运输合同承担违约责任？乙公司可否要求铁路运输部门返还运费？并分别说明理由。

(5) 丁公司应当承担连带保证责任还是一般保证责任？并说明理由。

(6) 丁公司的保证期间为多长？并说明理由。

(7) 丙银行可否直接要求丁公司承担200万元的保证责任？并说明理由。



模块七

证 券 法



知识目标

掌握证券机构的类型及各自的职能范围；公司股票和公司债券发行条件及证券交易的基本规定；掌握禁止的证券交易行为；熟悉证券管理的基本原则和上市公司的信息披露；了解违反证券法应承担的法律责任。

技能目标

熟悉我国有关证券法规、方针、政策；能独立分析和解决证券市场的实际问题；掌握与日常生活和职业活动密切相关的法律常识，树立法治观念，增强法律意识，成为懂法、守法、用法的公民。

态度目标

增强证券职业道德意识，养成职业道德行为习惯，陶冶道德情操；培养笃实诚信的从业精神。



案例导读

1996年11月18日，原告王某在宜昌某证券登记中心填写了开户登记表，开办了深圳证券账户和上海证券账户。同日，原“某证券有限公司宜昌证券营业部”（本案被告的前身）通过与王某签订指定交易协议书，成为王某的证券指定交易代理商。王某取得了自助式磁卡MAC，开始进行股票交易。截至1999年8月5日，王某的股票账户上尚有丰乐种业500股、吉发股份1210股、国投原宜400股、格力电器3200股。当日，王某持本人身份证及证券账户卡到被告云集路营业部办理清密手续。8月6日，上述四支股票以自助式磁卡方式卖出，成交金额为83500余元。同日，王某在云集路营业部办理了大额取款预约手续，并填写了预约单，约定取款日期为8月9日，届时取现金83500元。上述大额取款预约单和取款凭条上填写的姓名是王某本人，填写的身份证号和证券账户也都是王某所使用的，但字迹不是王某的。王某声称，自己从8月7日赴山东出差，至同月28日发现股票账户有问题才迅速赶回，回来后在云集路营业部查询得知自己的密码于8月6日被清密，并且账上四支股票被卖出，还假借自己的名义填写了一份大额取款预约单，于同月9日取现金83000元。云集路营业部则认为：我部的每一笔业务都是严格按照我证券有限公司武汉分公司的《代理业务操作规程》办理的。从清密、交易到取现金等，如不是本人亲自持身份证、股东代码卡及提供资金账号，根本无法从计算机上进入账户，业务无法办理。所以1999年8月5日、6日和9日王某办理的业务，都是由其亲自持证进行的，我部及银行工作人员都是经过严格审核，确定无误后才予以办理的。

王某认为：某证券公司云集路营业部存在违规行为，致使四支股票被盗卖，资金被盗领。应该赔偿原告股票被盗卖、资金被盗领的损失和原告为处理此事而承担的误工费、车票等损失。并且被告在报纸上散播无根据谣言，要求支付精神损害赔偿金 3 万元，在相关报纸上登报道歉，并负担本案诉讼费用。王某的要求能否得到人民法院的支持？为什么？

单元一 证券发行和交易有关的机构

一、证券交易所

1. 证券交易所的性质

证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人，其总理由国务院证券监督管理机构任免。我国实行会员制，上交所、深交所在章程中规定其为“实行自律管理的会员制法人”。

【例 7-1】依据《证券法》的有关规定，任免证券交易所总经理的机构是（ ）。

- A. 证券交易所的理事会
- B. 国务院
- C. 国务院证券监督管理机构
- D. 证券业协会

【解析】正确答案为 C。《证券法》规定，证券交易所总理由国务院证券监督管理机构任免。

2. 证券交易所的设立和解散

证券交易所的设立和解散，由国务院决定。申请设立证券交易所，首先由中国证监会进行审核，再报国务院进行批准。设立证券交易所必须制定章程，且章程的制定和修改必须经国务院证券监督管理机构批准。

二、证券公司

证券公司，是指依法成立、经营证券业务以及相关业务的机构。设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准。未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得经营证券业务。

1. 证券公司的业务范围

经国务院证券监督管理机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：证券经纪；证券投资咨询；与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；证券承销与保荐；证券自营；证券资产管理；其他证券业务。

证券公司应当自领取营业执照之日起 15 日内，向国务院证券监督管理机构申请经营证券业务许可证。未取得经营证券业务许可证，证券公司不得经营证券业务。

2. 证券公司的设立条件

设立证券公司，应当具备下列条件。

- (1) 有符合法律、行政法规规定的公司章程；
- (2) 主要股东具有持续盈利能力，信誉良好，最近 3 年无重大违法违规记录，净资产不低于人民币 2 亿元；

(3) 有符合证券法规定的注册资本。

证券公司的注册资本因业务范围的不同而有不同的要求。其经营前列业务范围第(1)~(3)项业务的, 注册资本最低限额为人民币 5 000 万元; 经营第(4)~(7)项业务之一的, 注册资本最低限额为人民币 1 亿元; 经营第(4)~(7)项业务中两项以上的, 注册资本最低限额为人民币 5 亿元。证券公司的注册资本应当是实缴资本。国务院证券监督管理机构根据审慎监管原则和各项业务的风险程度, 可以调整注册资本最低限额, 但不得少于前款规定的限额。

(4) 董事、监事、高级管理人员具备任职资格, 从业人员具有证券从业资格。

(5) 有完善的风险管理与内部控制制度。

(6) 有合格的经营场所和业务设施。

(7) 法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

3. 证券公司的经营权限

证券公司依法享有自主经营的权利, 其合法经营不受干涉。除此, 《证券法》主要规定了证券公司的经营限制。

(1) 证券公司不得为其股东或者股东的关联人提供融资或者担保。

(2) 证券公司应当建立健全内部控制制度, 采取有效隔离措施, 防范公司与客户之间、不同客户之间的利益冲突。证券公司必须将其证券经纪业务、证券承销业务、证券自营业务和证券资产管理业务分开办理, 不得混合操作。

(3) 证券公司的自营业务必须以自己的名义进行, 不得假借他人名义或者以个人名义进行。证券公司不得将其自营账户借给他人使用。

(4) 证券公司客户的交易结算资金应当存放在商业银行, 以每个客户的名义单独立户管理。证券公司不得将客户的交易结算资金和证券归入其自有财产。禁止任何单位或者个人以任何形式挪用客户的交易结算资金和证券。

(5) 证券公司办理经纪业务, 不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。

(6) 证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。

(7) 证券公司及其从业人员不得未经过其依法设立的营业场所私下接受客户委托买卖证券。

(8) 证券公司应当妥善保存客户开户资料、委托记录、交易记录和与内部管理、业务经营有关的各项资料, 任何人不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。上述资料的保存期限不得少于 20 年。

(9) 证券公司应当按照规定向国务院证券监督管理机构报送业务、财务等经营管理信息和资料。国务院证券监督管理机构有权要求证券公司及其股东、实际控制人在指定的期限内提供有关信息、资料。证券公司及其股东、实际控制人向国务院证券监督管理机构报送或者提供的信息、资料, 必须真实、准确、完整。

【例 7-2】 根据《证券法》的规定, 下列关于证券公司从事证券自营业务的表述正确的是()。

- A. 证券公司均可以从事证券自营业务
- B. 证券公司均不得从事证券自营业务
- C. 证券公司只能从事由包销产生的证券自营业务
- D. 一部分证券公司可以从事证券自营业务

【解析】 正确答案为 D。只有符合条件的证券公司才能从事证券业务。

三、证券登记结算机构

证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、存管与结算服务，不以盈利为目的的法人。它属于自律性组织。设立证券登记结算机构必须经国务院证券监督管理机构批准。

《证券法》规定证券登记结算机构为证券交易提供集中的登记、托管与结算服务，它是一个在证券交易中为买卖双方履行交易责任提供服务的机构，它自己不参加交易，不是交易的任何一方当事人，既不是证券的买入者，也不是卖出者，而是同时为买卖双方的交易提供服务，并且这种服务是连续的，贯穿于交易的整个过程，通过这种服务来保证证券交易顺利、有秩序地完成。

四、证券服务机构

证券服务机构是指依法设立的从事证券服务业务的法机构，主要包括投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所等。

(1) 投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所从事证券服务业务，必须经国务院证券监督管理机构和有关主管部门批准。

(2) 投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构从事证券服务业务的人员，必须具备证券专业知识和从事证券业务或者证券服务业务 2 年以上经验。

(3) 投资咨询机构及其从业人员从事证券服务业务不得有下列行为：①代理委托人从事证券投资；②与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失；③买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票；④利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；⑤法律、行政法规禁止的其他行为。

有上述行为之一，给投资者造成损失的，依法承担赔偿责任。

五、证券业协会

证券业协会是证券业的自律性组织，是社会团体法人。中国证券业协会于 1991 年 8 月 28 日成立，总部设在北京。中国证券业协会的会员分为团体会员和个人会员，团体会员为证券公司。《证券法》规定，证券公司应当加入证券业协会。个人会员只限于证券市场管理部门有关领导以及从事证券研究及业务工作的专家，由协会根据需要吸收。

(1) 证券业协会的权力机构为由全体会员组成的会员大会。证券业协会章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构备案。会员大会每两年举行一次，必要时经常务理事会决议可临时召开。证券业协会设会长、副会长。证券业协会设理事会，理事会成员依章程的规定由选举产生，每届任期两年，可连选连任。

(2) 证券业协会履行下列职责：①协助证券监督管理机构教育和组织会员执行法律、行政法规；②依法维护会员的合法权益，向证券监督管理机构反映会员的建议和要求；③收集整理信息，为会员提供服务；④制定会员应遵守的规则，组织会员单位从业人员的业务培训，开展会员间的业务交流；⑤调解会员之间、会员与客户之间发生的纠纷；⑥组织会员就证券业的发展、运作及有关内容进行研究；⑦监督、检查会员行为，对违反法律、行政法规或者协会章程的，按规定给予纪律处分；⑧国务院证券监督管理机构赋予的其他职责。

六、证券监督管理机构

国务院证券监督管理机构是指中国证监会，它是国务院直属事业单位，是全国证券期货市场的主管部门。国务院证券监督管理机构依法履行职责，有权采取下列措施。

(1) 对证券发行人、上市公司、证券公司、证券投资基金管理公司、证券服务机构、证券交易所、证券登记结算机构进行现场检查。

(2) 进入涉嫌违法行为发生场所调查取证。

(3) 询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明。

(4) 查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通信记录等资料。

(5) 查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料；对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，可以予以封存。

(6) 查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户；对有证据证明已经或者可能转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产或者隐匿、伪造、毁损重要证据的，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以冻结或者查封。

(7) 在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经国务院证券监督管理机构主要负责人批准，可以限制被调查事件当事人的证券买卖，但限制的期限不得超过 15 个交易日；案情复杂的，可以延长 15 个交易日。

单元二 证券发行

一、证券发行概述

1. 证券发行的概念

证券发行是指经批准符合条件的证券发行人，为筹集资金，按照一定程序向社会公众或特定的人发售证券（股票和公司债券）的活动。

根据发行价格和票面面额的关系，可以将证券发行分为溢价发行、平价发行和折价发行三种形式。

2. 证券发行管理的基本原则

(1) 公开原则，又称信息公开原则。公开原则的核心是实现证券市场信息公开化，即要求市场具有充分的透明度。公开原则通常包括两个方面，即证券信息的初期披露和持续披露。

(2) 公平原则。证券市场的公平原则，要求证券发行、交易活动中的所有参与者都有平等的法律地位，各自的合法权益都能够得到公平的保护。

(3) 公正原则。公正原则是针对证券监管机构的监管行为而言的，它要求证券监督管理部门在公开、公平原则的基础上，对一切被监管对象给以公正待遇。

【例 7-3】 甲公司是上市公司，公司董事长私自将公司募集的股款进入股市炒股，亏损大半。公司为了让投资者继续购买其股票，便在公开的财务报表中隐瞒了此事项。对此，甲公司违反的证券发行管理原则是（ ）。

A. 公开、公平、公正原则

- B. 平等、自愿原则
- C. 国家集中监管与行业自律原则
- D. 分业经营、分业管理原则

【解析】 正确答案为 A。公开原则是证券发行和交易制度的核心，证券发行人必须依法将与证券有关的一切真实情况予以公开，以供投资者决策参考。

3. 证券发行管理制度

发行管理制度大体可分为两种，即证券发行登记制和证券发行核准制。

我国基本上采用的是核准制，依次经过了试点阶段、额度制、通道制度和保荐人制度并存、保荐制度等不同阶段。

4. 证券发行方式

- (1) 证券公募发行，面向所有合法的社会投资者发行证券。
- (2) 证券私募发行，向特定的投资者发行证券。

证券发行的具体方式有很多，我国依次经历了认购证、与储蓄存款挂钩、全额预缴款、上网定价、上网竞价、上网发行与机构投资者配售相结合、向二级市场投资者配售等发行方式。发行方式随着我国证券发行管理制度市场化改革的深化在不断变化。

5. 证券承销方式

证券的承销方式有包销和代销两种形式。我国《证券法》规定，公开发行的证券票面总值超过 5 000 万元的，应当由承销团承销，承销团应当由两个或两个以上的证券公司组成。承销期限最长不超过 90 日。

6. 证券发行分类

证券发行分类的方法很多，经常采用的分类标准有以下几种。

- (1) 根据发行对象分类有公募发行和私募发行。
- (2) 根据发行方式分类有直接发行和间接发行。
- (3) 根据所发行证券的种类分类有股票发行、债券发行和基金单位发行。

二、发行股票的条件

股票是股份公司签发的证明股东所持股份的凭证。

设立股份有限公司公开发行股票，应当符合《中华人民共和国公司法》规定的条件和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件，向国务院证券监督管理机构报送募股申请和下列文件：①公司章程；②发起人协议；③发起人姓名或者名称；④发起人认购的股份数、出资种类及验资证明；⑤招股说明书；⑥代收股款银行的名称及地址；⑦承销机构名称及有关的协议。

依照《公司法》规定聘请保荐人的，还应当报送保荐人出具的发行保荐书。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，还应当提交相应的批准文件。

公司公开发行新股，应当符合下列条件：①具备健全且运行良好的组织机构；②具有持续盈利能力，财务状况良好；③最近 3 年财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；④经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。上市公司非公开发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

【例 7-4】 依照《证券法》，以下关于公司公开发行新股的条件叙述正确的是（ ）。

- A. 前一次发行的股份已募足，并间隔 1 年以上
- B. 公司预期利润率可达同期银行存款利率
- C. 最近 3 年连续盈利，并可向股东支付股利
- D. 最近 3 年内财务会计文件无虚假记载

【解析】 正确答案为 D。公司公开发行新股，应当符合下列条件：①具备健全且运行良好的组织机构；②具有持续盈利能力，财务状况良好；③最近 3 年财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；④经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

《证券法》第十条规定，公开发行的条件之一是向不特定的对象发行证券，除公开发行，即非公开发行。

【例 7-5】 某国有企业为了扩大生产规模，准备公开发行股票募集资本。在讨论采取何种方式发行股票时，A 经理发言认为应当联系几个大公司来认购股票，B 经理不以为然，认为应当向普通公众公开发行。对于以上发言，正确的有（ ）。

- A. A 经理的意见是非公开发行
- B. A 经理的意见是公开发行
- C. B 经理的意见是公开发行
- D. 两位经理的意见都是公开发行

【解析】 正确答案为 AC。《证券法》第十条规定，公开发行的条件之一是向不特定的对象发行证券，除公开发行，即非公开发行。

公司公开发行股票所募集的资金，必须按照招股说明书所列资金用途使用。改变招股说明书所列资金用途的，必须经股东大会作出决议。擅自改变用途而未作纠正的，或者未经股东大会认可的，不得公开发行新股，上市公司也不得非公开发行新股。

三、发行公司债券条件

公司债券是指公司依照法定程序发行的、约定在一定期限内还本付息的有价证券。新修订后的《公司法》规定所有公司都可以作为发行公司债券的主体。

公开发行公司债券，应当符合下列条件：①股份有限公司的净资产不低于人民币 3 000 万元，有限责任公司的净资产不低于人民币 6 000 万元；②累计债券余额不超过公司净资产的 40%；③最近 3 年平均可分配利润足以支付公司债券 1 年的利息；④筹集的资金投向符合国家产业政策；⑤债券的利率不超过国务院限定的利率水平；⑥国务院规定的其他条件。

公开发行公司债券筹集的资金，必须用于核准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

上市公司发行可转换为股票的公司债券，除应当符合以上规定的条件外，还应当符合《证券法》关于公开发行股票的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

申请公开发行公司债券，应当向国务院授权的部门或者国务院证券监督管理机构报送下列文件：①公司营业执照；②公司章程；③公司债券募集办法；④资产评估报告和验资报告；⑤国务院授权的部门或者国务院证券监督管理机构规定的其他文件。依照《证券法》规定聘请保荐人的，还应当报送保荐人出具的发行保荐书。

《证券法》还对公司再次发行债券的条件作了限制性的规定。公司有下列情形之一的，不得再次公开发行公司债券：①前一次公开发行的公司债券尚未募足；②对已公开发行的公司

债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态；③违反《证券法》规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途。

四、证券发行的程序

（一）证券发行的核准

（1）发行人依法申请核准发行证券所报送的申请文件的格式、报送方式，由依法负责核准的机构或者部门规定。发行人申请核准公开发行股票、公司债券的，应当按照规定缴纳审核费用。

发行人申请首次公开发行股票，在提交申请文件后，应当按照国务院证券监督管理机构的规定预先披露有关申请文件。

国务院证券监督管理机构设发行审核委员会，依法审核股票发行申请。发行审核委员会由国务院证券监督管理机构的专业人员和所聘请的该机构外的有关专家组成，以投票方式对股票发行申请进行表决，提出审核意见。发行审核委员会的具体组成办法、组成人员任期、工作程序，由国务院证券监督管理机构规定。

国务院证券监督管理机构依照法定条件负责核准股票发行申请。核准程序应当公开，依法接受监督。参与审核和核准股票发行申请的人员，不得与发行人有利害关系，不得直接或者间接接受发行申请人的馈赠，不得持有所核准的发行申请的股票，不得私下与发行人进行接触。国务院授权的部门对公司债券发行申请的核准，参照前述规定执行。

（2）国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门应当自受理证券发行申请文件之日起 3 个月内，依照法定条件和法定程序作出予以核准或者不予核准的决定，发行人根据要求补充、修改发行申请文件的时间不计算在内；不予核准的，应当说明理由。

证券发行申请经核准，发行人应当依照法律、行政法规的规定，在证券公开发行前，公告公开发行募集文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。发行证券的信息依法公开前，任何知情人不得公开或者泄露该信息。发行人不得在公告公开发行募集文件前发行证券。

（3）国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的核准证券发行的决定，发行不符合法定条件或者法定程序，尚未发行证券的，应当予以撤销，停止发行。已经发行尚未上市的，撤销发行核准决定，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人；保荐人应当与发行人承担连带责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人承担连带责任。

股票依法发行后，发行人经营与权益的变化，由发行人自行负责；由此变化引致的投资风险，由投资者自行负责。国务院证券监督管理机构对发行人首次公开发行股票和上市公司证券发行的核准，不表明其对该股票或证券的投资价值或者投资者的收益作出实质性判断或者保证。因发行人或上市公司经营与收益的变化引致的投资风险，由投资者自行负责。

（二）证券发行的保荐

《证券法》规定，发行人申请公开发行股票、可转换为股票的公司债券，依法采取承销方式的，或者公开发行法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券的，应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人。申请股票、可转换为股票的公司债券或者法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券上市交易，应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人。保荐人应当遵守业

务规则和行业规范,诚实守信,勤勉尽责,对发行人的申请文件和信息披露资料进行审慎核查,督导发行人规范运作。保荐人的资格及其管理办法由国务院证券监督管理机构规定。

为了规范证券发行上市保荐业务,提高上市公司质量和证券公司执业水平,保护投资者的合法权益,促进证券市场健康发展,中国证监会《证券发行上市保荐业务管理办法》(2008)规定,发行人应当就下列事项聘请具有保荐机构(与《证券法》规定的保荐人同义)资格的证券公司履行保荐职责:①首次公开发行股票并上市;②上市公司发行新股、可转换公司债券;③中国证监会认定的其他情形。证券公司从事证券发行上市保荐业务,应当依法向中国证监会申请保荐机构资格。保荐机构履行保荐职责,应当指定取得保荐代表人资格的个人具体负责保荐工作。未经核准,任何机构和个人不得从事保荐业务。

(1) 保荐代表人应当遵守职业道德准则,珍视和维护保荐代表人的职业声誉,保持应有的执业谨慎,保持和提高专业胜任能力。保荐代表人应当维护发行人的合法权益,对从事保荐业务过程中获知的发行人信息保密。保荐代表人应当恪守独立履行职责的原则,不因迎合发行人或者满足发行人的不当要求而丧失客观、公正的立场,不得唆使、协助或者参与发行人及证券服务机构实施非法的或者具有欺诈性的行为。保荐代表人及其配偶不得以任何名义或者方式持有发行人的股份。

(2) 同次发行的证券,其发行保荐和上市保荐应当由同一保荐机构承担。保荐机构依法对发行人申请文件、证券发行募集文件进行核查,向中国证监会、证券交易所出具保荐意见。保荐机构应当保证所出具的文件真实、准确、完整。证券发行规模达到一定数量的,可以联合保荐,但参与联合保荐的保荐机构不得超过两家。证券发行的主承销商可以由该保荐机构担任,也可以由其他具有保荐资格的证券公司与该保荐机构共同担任。

(3) 发行人及其董事、监事、高级管理人员,为证券发行上市制作、出具有关文件的律师事务所、会计师事务所、资产评估机构等证券服务机构及其签字人员,应当依照法律、行政法规和中国证监会的规定,配合保荐机构及其保荐代表人履行保荐职责,并承担相应的责任。保荐机构及其保荐代表人履行保荐职责,不能减轻或者免除发行人及其董事、监事、高级管理人员、证券服务机构及其签字人员的责任。

五、证券投资基金的发行

证券投资基金,依照其运作方式不同,可以分为封闭式基金和开放式基金。基金管理人由依法设立的基金管理公司担任。担任基金管理人,应当经国务院证券监督管理机构核准。基金托管人由依法设立并取得基金托管资格的商业银行担任。

(一) 基金管理人和基金托管人

1. 基金管理公司设立的条件

设立基金管理公司,应当具备下列条件,并经国务院证券监督管理机构批准。

- (1) 有符合《证券投资基金法》和《公司法》规定的章程。
- (2) 注册资本不低于人民币1亿元,且必须为实缴货币资本。
- (3) 主要股东具有从事证券经营、证券投资咨询、信托资产管理或者其他金融资产管理的较好的经营业绩和良好的社会信誉,最近3年没有违法记录,注册资本不低于人民币3亿元。
- (4) 取得基金从业资格的人员达到法定人数。
- (5) 有符合要求的营业场所、安全防范措施及与基金管理业务有关的其他设施。

(6) 有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度。

(7) 法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

2. 申请取得基金托管资格的条件

申请取得基金托管资格，应当具备下列条件，并经国务院证券监督管理机构和国务院银行业监督管理机构核准。

(1) 净资产和资本充足率符合有关规定。

(2) 设有专门的基金托管部门。

(3) 取得基金从业资格的专职人员达到法定人数。

(4) 有安全保管基金财产的条件。

(5) 有安全高效的清算、交割系统。

(6) 有符合要求的营业场所、安全防范设施及与基金托管业务有关的其他设施。

(7) 有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度。

(8) 法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构规定的其他条件。

(二) 基金份额发售的条件和程序

1. 基金份额发售的条件

基金管理人依照《中华人民共和国证券投资基金法》发售基金份额，募集资金，应当向国务院证券监督管理机构提交下列文件，并经国务院证券监督管理机构核准。

(1) 申请报告。

(2) 基金合同草案。

(3) 基金托管协议草案。

(4) 招募说明书草案。

(5) 基金管理人和基金托管人的资格证明文件。

(6) 经会计师事务所审计的基金管理人和基金托管人最近 3 年或者成立以来的财务会计报告。

(7) 律师事务所出具的法律意见书。

(8) 国务院证券监督管理机构规定提交的其他文件。

2. 基金份额发售的程序

基金份额发售的程序主要有以下几步。

(1) 国务院证券监督管理机构应当自受理基金募集申请之日起 6 个月内依照法律、行政法规及国务院证券监督管理机构的规定和审慎监管原则进行审查，作出核准或者不予核准的决定，并通知申请人；不予核准的，应当说明理由。

(2) 基金募集申请经核准后，方可发售基金份额。

(3) 基金份额的发售，由基金管理人负责办理；基金管理人可以委托经国务院证券监督管理机构认定的其他机构代为办理。

(4) 基金管理人应当在基金份额发售的 3 日前公布招募说明书、基金合同及其他有关文件。

(5) 基金管理人应当自收到核准文件之日起 6 个月内进行基金募集。超过 6 个月开始募集，原核准的事项未发生实质性变化的，应当报国务院证券监督管理机构备案；发生实质性

变化的,应当向国务院证券监督管理机构重新提交申请。

(6) 基金募集期限届满,封闭式基金募集的基金份额总额达到核准规模的 80%以上,开放式基金募集的基金份额总额超过核准的最低募集份额总额,并且基金份额持有人人数符合国务院证券监督管理机构规定的,基金管理人应当自募集期限届满之日起 10 日内聘请法定验资机构验资,自收到验资报告之日起 10 日内,向国务院证券监督管理机构提交验资报告,办理基金备案手续,并予以公告。

基金募集期限届满,不能满足上述条件的,基金管理人应当承担下列责任:以其固有财产承担因募集行为而产生的债务和费用;在基金募集期限届满后 30 日内退还投资人已缴纳的款项,并加计银行同期存款利息。

(7) 投资人缴纳认购的基金份额的款项时,基金合同成立;基金管理人依法向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续,基金合同生效。

(三) 基金财产的使用限制

基金财产不得用于下列投资或者活动。

- (1) 承销证券。
- (2) 向他人贷款或者提供担保。
- (3) 从事承担无限责任的投资。
- (4) 买卖其他基金份额,但是国务院另有规定的除外。
- (5) 向基金管理人、基金托管人出资或者买卖基金管理人、基金托管人发行的股票或者债券。
- (6) 买卖与其基金管理人、基金托管人有控股关系的股东或者与其基金管理人、基金托管人有其他重大利害关系的公司发行的证券或者承销期内承销的证券。
- (7) 从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动。
- (8) 依照法律、行政法规有关规定,国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。

单元三 证券的交易

一、证券交易及证券从业机构、人员的一般要求

(一) 对证券交易的一般要求

1. 证券交易的范围

按照《证券法》的规定,证券交易当事人依法买卖的证券,必须是依法发行并交付的证券。非依法发行的证券,不得买卖。依法发行的股票、公司债券,法律对其转让期限有限制性规定的,在限定的期限内不得买卖。

2. 证券交易场所与方式

依法公开发行的股票、公司债券及其他证券,应当在依法设立的证券交易所上市交易或者在国务院批准的其他证券交易所转让。证券在证券交易所上市交易,应当采用公开的集中交易方式或者国务院证券监督管理机构批准的其他方式。证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。证券交易当事人买卖的证券可以采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他方式。

（二）对证券业从业机构、人员的一般要求

1. 对证券业从业机构的一般要求

《证券法》规定，证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务，应当按照国务院的规定并经国务院证券监督管理机构批准。证券交易所、证券公司、证券登记结算机构还必须依法为客户开立的账户保密。证券交易的收费必须合理，并按照国务院有关管理部门的统一规定公开收费项目、收费标准和收费办法。

2. 对证券业从业人员的一般要求

《证券法》规定，证券交易所、证券公司、证券登记结算机构从业人员，证券监督管理机构工作人员和法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。任何人在成为上述所列人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。

为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，在该股票承销期内和期满后 6 个月内，不得买卖该种股票。

为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后 5 日内，不得买卖该种股票。

【例 7-6】 下列人员不得招聘为证券交易所从业人员的是（ ）。

- A. 因违法行为或者违纪行为被开除的证券交易所从业人员
- B. 证券从业律师王某因违法被撤销证券从业资格已满 6 年
- C. 张某因故和某证券公司解除劳动合同
- D. 已辞职原为某国家机关工作人员的李某

【解析】 正确答案为 A。1997 年 12 月 10 日国务院证券委员会修正发布的《证券交易场所管理办法》规定：犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，或者因犯罪被剥夺政治权利的，不得招聘为证券交易所从业人员，不得担任证券交易所高级管理人员。

3. 对公司董事、监事、高级管理人员和股东的一般要求

《证券法》规定：上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份 5%以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后 6 个月内卖出，或者在卖出后 6 个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有 5%以上股份的，卖出该股票时不受 6 个月这一时间限制。

公司董事会不按照上述规定执行的，股东有权要求董事会在 30 日内执行。公司董事会未在上述期限内执行的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

二、证券上市制度

（一）证券上市核准及上市保荐人制度

申请证券上市交易，应当向证券交易所提出申请，由证券交易所依法审核同意，并由双方签订上市协议。证券交易所根据国务院授权的部门的决定安排政府债券上市交易。

《证券法》同时规定，申请股票、可转换为股票的公司债券或者法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券上市交易，应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人。

（二）股票的上市、暂停和终止

（1）股份有限公司申请股票上市，应当符合下列条件：①股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行；②公司股本总额不少于人民币 3 000 万元；③公开发行的股份达到公司股份总数的 25%以上；公司股本总额超过人民币 4 亿元的，公开发行股份的比例为 10%以上；④公司最近 3 年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载。

证券交易所可以规定高于以上规定的上市条件，并报国务院证券监督管理机构批准。

（2）申请股票上市交易，应当向证券交易所报送下列文件：①上市报告书；②申请股票上市的股东大会决议；③公司章程；④公司营业执照；⑤依法经会计师事务所审计的公司最近 3 年的财务会计报告；⑥法律意见书和上市保荐书；⑦最近一次的招股说明书；⑧证券交易所上市规则规定的其他文件。

股票上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告股票上市的有关文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。

签订上市协议的公司除公告前条规定的文件外，还应当公告下列事项：①股票获准在证券交易所交易的日期；②持有公司股份最多的前十名股东的名单和持股数额；③公司的实际控制人；④董事、监事、高级管理人员的姓名及其持有本公司股票和债券的情况。

（3）上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其股票上市交易：①公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；②公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，可能误导投资者；③公司有重大违法行为；④公司最近 3 年连续亏损；⑤证券交易所上市规则规定的其他情形。

（4）上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其股票上市交易：①公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件；②公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，且拒绝纠正；③公司最近 3 年连续亏损，在其后一个年度内未能恢复盈利；④公司解散或者被宣告破产；⑤证券交易所上市规则规定的其他情形。

（三）公司债券的上市交易

公司申请公司债券上市交易，应当符合下列条件：①公司债券的期限为 1 年以上；②公司债券实际发行额不少于人民币 5 000 万元；③公司申请债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

申请公司债券上市交易，应当向证券交易所报送下列文件：①上市报告书；②申请公司债券上市的董事会决议；③公司章程；④公司营业执照；⑤公司债券募集办法；⑥公司债券的实际发行数额；⑦证券交易所上市规则规定的其他文件。

申请可转换为股票的公司债券上市交易，还应当报送保荐人出具的上市保荐书。

公司债券上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告公司债券上市文件及有关文件，并将其申请文件置备于指定场所供公众查阅。

公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易：①公司有重大违法行为；②公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；③发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用；④未按照公司债券募集办法履行义务；⑤公司最近 2 年连续亏损。公司有上述第①项、第④项所列情形之一经查实后果严重的，或者有

第②项、第③项、第⑤项所列情形之一，在限期内未能消除的，由证券交易所决定终止其公司债券上市交易。公司解散或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市交易。

三、信息披露制度

信息披露制度，又称公示制度、公开披露制度，是上市公司依照法律规定必须将其自身的财务、经营状况等信息和资料向证券监督管理部门和证券交易所报告，并向社会公开或公告，以便使投资者充分了解公司状况的制度。信息披露主要包括证券发行时的初次信息公开和证券交易中的持续信息公开。

证券发行时的信息公开称为初次公开或发行公开，证券上市及上市期间的信息公开称为持续公开或继续公开。信息公开有利于证券发行和交易价格的合理形成，有利于维护投资者利益，有利于证券监督管理机构对市场的监控，也有利于上市公司自身改善经营管理。

（一）持续信息公开的内容

持续信息公开主要包括上市公司定期报告（即季报、半年报和年报）及上市公司临时报告（即重大事件公告）。

1. 中期报告

上市公司和公司债券上市交易的公司应当在每个会计年度上半年结束之日起两个月内向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送记载以下内容的中期报告，并予公告：①公司财务会计报告和经营情况；②涉及公司的重大诉讼事项；③已发行的股票、公司债券变动情况；④提交股东大会审议的重要事项；⑤国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

2. 年度报告

上市公司和公司债券上市交易的公司应当在每个会计年度结束之日起 4 个月内向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送记载以下内容的年度报告，并予公告：①公司概况；②公司财务会计报告和经营情况；③董事、监事、高级管理人员简介及其持股情况；④已发行的股票、公司债券情况，包括持有公司股份最多的前十名股东名单和持股数额；⑤公司的实际控制人；⑥国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

3. 重大事件公告

重大事件是指上市公司发生的、可能对上市公司股票交易价格产生较大影响，而投资者尚未得知的事件。由于重大事件可能会对公司的股票价格产生较大影响，为维护证券交易的秩序，做到公平、公正、公开，当发生重大事件时，上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交临时报告，并予公告，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。同时，应在证券监督管理机构指定的媒体发布。

下列情况为重大事件：①公司的经营方针和经营范围的重大变化；②公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；③公司订立重要合同，而该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；④公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；⑤公司发生重大亏损或者重大损失；⑥公司生产经营的外部条件发生的重大变化；⑦公司的董事、1/3 以上的监事，或者经理发生变动；⑧持有公司 5%以上股份的股东或者实际控制人，其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化；⑨公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；⑩涉及公司的重大诉讼，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；⑪公司涉嫌犯罪被司法机关立案调查，公司董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被司法机关采取强制

措施；⑫国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

（二）持续信息公开的管理

上市公司不同于非上市公司的一个重要特点就是要对涉及公司的一些经营事件及时进行公告，将关于公司的信息尽可能地向社会公开。发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料，有虚假记载、误导性陈述或者有重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、上市公司应当承担赔偿责任；发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。

国务院证券监督管理机构对上市公司年度报告、中期报告、临时报告以及公告的情况进行监督，对上市公司分派或者配售新股的情况进行监督，对上市公司控股股东和信息披露义务人的行为进行监督。

证券监督管理机构、证券交易所、保荐人、承销的证券公司及有关人员，对公司依照法律、行政法规规定必须作出的公告，在公告前不得泄露其内容。证券交易所决定暂停或者终止证券上市的，应当及时公告，并报国务院证券监督管理机构备案。

（三）限制的交易行为

1. 对证券交易主体的限制

（1）证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员、证券监督管理机构的工作人员以及法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。任何人在成为上述所列人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。

（2）为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，在该股票承销期内和期满后 6 个月内，不得买卖该种股票。除上述规定外，为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后 5 日内，不得买卖该种股票。

（3）公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的 25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起 1 年内不得转让；上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

2. 对证券交易客体的限制

（1）证券交易当事人依法买卖的证券，必须是依法发行并交付的证券。非依法发行的证券，不得买卖。

（2）依法发行的股票、公司债券及其他证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内不得买卖。

（3）发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起 1 年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起 1 年内不得转让。

3. 对短线交易的限制

上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份 5%以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后 6 个月内卖出，或者在卖出后 6 个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有 5%以上股份的，卖出该股票不受 6 个月时间限制。

四、禁止的证券交易行为

《证券法》禁止的证券交易行为主要有：内幕交易、操纵市场、虚假陈述、欺诈客户等。

（一）禁止内幕交易

《证券法》禁止证券交易内幕信息的知情人员和非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动。证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信息。内幕信息包括：①前述属于信息公开内容中重大事件的 12 种情况；②公司分配股利或者增资的计划；③公司股权结构的重大变化；④公司债务担保的重大变更；⑤公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的 30%；⑥公司的董事、监事、高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；⑦上市公司收购的有关方案；⑧国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。

下列人员为知悉证券交易内幕信息的知情人员：①发行人的董事、监事、高级管理人员；②持有公司 5%以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；③发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员；④可因所任公司职务而获取公司有关内幕信息的人员；⑤证券监督管理机构工作人员以及由于法定的职责对证券发行、交易进行管理的人员；⑥保荐人、承销的证券公司、证券交易所、证券登记结算机构、证券交易服务机构的有关人员；⑦国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

证券交易内幕信息的知情人或者非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券。持有或通过协议、其他安排与他人共同持有公司 5%以上股份的自然人、法人、其他组织收购上市公司的股份，《证券法》另有规定的，适用其规定。

内幕交易行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

（二）禁止操纵市场

操纵市场是指在证券市场中制造虚假繁荣、虚假价格，诱导或迫使其他投资者在不了解真相的情况下作出错误投资决定，从而使操纵者获取利益或减少损失。《证券法》明确禁止任何人以下列操纵市场的手段获取不正当利益或转嫁风险：①单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或利用信息优势联合或连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量；②与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或证券交易量；③在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或证券交易量；④以其他手段操纵证券交易价格。

操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

【例 7-7】 某证券公司利用资金优势，在 3 个交易日内对某一上市公司的股票进行连续买卖，使股票从每股 10 元上升至每股 13 元，然后在此价位大量卖出获利。请分析该证券公司

的行为性质。

【解析】 根据《证券法》的规定，该公司的行为不合法，属于操纵市场的行为。

（三）禁止虚假陈述

虚假陈述是指负有陈述义务的行为人，在证券发行和证券交易过程中所公开的信息不符合真实性、准确性和完整性的要求。

证券发行过程中的虚假陈述主要有：发行公司和证券公司在公布的招股说明书等发行文件中作虚假陈述；为公司发行股票服务的会计师事务所、资产评估事务所、律师事务所等社会中介机构，在审计报告、资产评估报告、法律意见书等公开的发行文件中作虚假陈述；国务院证券监督管理机构等国家管理机构，以及与证券发行活动有关的新闻媒介等，也可能发出与证券发行有关的虚假陈述。

在证券交易过程中，发行公司必须对上市公告书、中期报告、年度报告、重大事件公告等公开信息的真实性、准确性和完整性负责；社会中介机构出具的专门报告不得有虚假陈述内容；国务院证券监督管理机构、证券交易所、证券登记结算机构、投资咨询机构等所涉及的与上市公司有关的陈述不得有虚假内容。

《证券法》就禁止虚假陈述行为作了以下明确规定：①禁止国家工作人员、新闻传播媒介从业人员和有关人员编造并传播虚假信息，扰乱证券市场；②禁止证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构、社会中介机构及其从业人员，证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员，在证券交易活动中作虚假陈述或者信息误导。各种传播媒介传播的证券交易信息必须真实、客观，禁止误导。

（四）禁止欺诈客户

禁止欺诈客户的规定是针对证券经营机构及其从业人员，在证券交易中禁止各种诱骗投资者买卖证券以及其他违背投资者真实意愿、损害其利益的行为。《证券法》规定的欺诈客户行为主要有：①违背客户的委托为其买卖证券；②不在规定的时间内向客户提供交易的书面确认文件；③挪用客户所委托买卖的证券或客户账户上的资金；④未经客户委托，擅自为客户买卖证券，或者假借客户的名义买卖证券；⑤为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖；⑥利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；⑦其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

欺诈客户行为造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

【例 7-8】 某证券公司挪用自己客户的股票进行买卖，然后及时归还。请问该证券公司的行为是否合法？

【解析】 不合法。根据《证券法》第七十九条第三项的规定，该公司的行为是欺诈客户的行为。

（五）其他有关规定

《证券法》规定，禁止法人非法利用他人账户从事证券交易；禁止法人出借自己或者他人的证券账户；禁止资金违规流入股市；禁止任何人挪用公款买卖证券；国有企业和国有资产控股的企业买卖上市交易的股票必须遵守国家有关规定。

《证券法》还规定，证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务，应当按照国务院的规定

并经国务院证券监督管理机构批准。

证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员对证券交易中发现的禁止的交易行为，应当及时向证券监督管理机构报告。

【例 7-9】1998 年 7 月，某路桥股份有限公司被获准向社会公开发行公司债券，票面总值为 6 000 万元。路桥公司委托北方证券公司及其他两家证券公司组成承销团承销发行证券，并签订了承销协议。约定由北方证券公司为主承销商，承销方式为全额包销，包销期 60 日。此外，协议还就债券发行价格、包销起止期、包销付款方式、包销费用和结算办法等作了约定。协议签订后，三家证券公司按期将资金划至路桥公司指定的账户。此时，国务院证券监督管理机构接到群众举报，称路桥公司为获准发行证券，其申报文件中虚报了前 3 年的盈利情况。后经查证情况属实。于是国务院证券监督管理机构发布公告撤销路桥公司的债券发行资格。要求：根据上述事实，回答下列问题。

- (1) 国务院证券监督管理机构撤销路桥公司的债券发行资格是否符合法律规定？为什么？
- (2) 本案例中公司债券承销协议约定内容是否符合规定？为什么？
- (3) 依据《证券法》有关规定，本案例应如何处理？

【解析】(1) 国务院证券监督管理机构撤销路桥公司的债券发行资格符合法律规定。根据《证券法》的规定，国务院证券监督管理机构或国务院授权的部门对已经作出的审核或批准证券发行的决定，发现不符合法律、行政法规规定的，可以撤销原来的决定。

(2) 本案例中公司债券承销协议约定内容符合规定。根据《证券法》的规定，证券承销业务采取代销或包销方式。向社会公开发行的证券票面总值超过人民币 5 000 万元的，应当由承销团承销。证券的代销、包销期最长不得超过 90 日。签订代销或者包销协议应载明：当事人的名称、住所及法定代表人姓名；代销、包销证券的种类、数量、金额及发行价格；代销、包销的期限及起止日期；代销、包销的付款方式及日期；代销、包销的费用和结算办法；违约责任等。

(3) 本案例中，由于路桥公司存在虚报盈利的行为，违反了《证券法》的有关规定，因此，国务院证券监督管理机构可以采取三种措施：①撤销路桥公司的债券发行资格；②对尚未发行公司债券的，停止发行；③已经发行的公司债券，证券持有人可以按照发行价并加算银行同期存款利息，向发行人要求返还。

单元四 上市公司的收购

一、上市公司收购的主要内容及方式

上市公司的收购是指收购人通过证券交易所的股份转让活动持有一个上市公司的股份达到一定比例，通过证券交易所股份转让活动以外的其他合法途径控制一个上市的股份达到一定程度，导致其获得或者可能获得对该公司的实际控制权的行為。

上市公司收购可以采用现金、依法可以转让的证券以及法律、行政法规规定的其他支付方式进行。被收购公司不得向收购人提供任何形式的财务资助。

值得注意的是，公司不得收购本公司的股票。但下列情况除外：①减少公司注册资本；②与持有本公司股份的其他公司合并；③将股份奖励给本公司职工；④股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。

根据《证券法》的规定，投资者可以采取要约收购、协议收购及其他合法方式收购上市公司。

（一）要约收购规则

通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到 30%时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。

收购上市公司部分股份的要约应当约定，被收购公司股东承诺出售的股份数额超过预定收购的股份数额的，收购人按比例进行收购。

依照上述规定发出收购要约，收购人必须事先向国务院证券监督管理机构报送上市公司收购报告书，并载明下列事项：①收购人的名称、住所；②收购人关于收购的决定；③被收购的上市公司名称；④收购目的；⑤收购股份的详细名称和预定收购的股份数额；⑥收购期限、收购价格；⑦收购所需资金及资金保证；⑧报送上市公司收购报告书时持有被收购公司股份数占该公司已发行的股份总数的比例。收购人还应当将上市公司收购报告书同时提交证券交易所。

收购人在依照上述规定报送上市公司收购报告书之日起 15 日后，公告其收购要约。在上述期限内，国务院证券监督管理机构发现上市公司收购报告书不符合法律、行政法规规定的，应当及时告知收购人，收购人不得公告其收购要约。收购要约约定的收购期限不得少于 30 日，并不得超过 60 日。

在收购要约确定的承诺期限内，收购人不得撤销其收购要约。收购人需要变更收购要约的，必须事先向国务院证券监督管理机构及证券交易所提出报告，经批准后，予以公告。

收购要约提出的各项收购条件，适用于被收购公司的所有股东。采取要约收购方式的，收购人在收购期限内，不得卖出被收购公司的股票，也不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买入被收购公司的股票。出现竞争要约时，被收购公司董事会应当公平对待所有要约收购人。

（二）协议收购规则

采取协议方式收购上市公司的，收购人可以依照法律、行政法规的规定同被收购公司的股东协议转让股份。收购协议达成后，收购人必须在 3 日内将该收购协议向国务院证券监督管理机构及证券交易所作出书面报告，并予公告。在公告前不得履行收购协议。

协议收购的双方可以临时委托证券登记结算机构保管协议转让的股票，并将资金存放于指定的银行。

采取协议收购方式的，收购人收购或者通过协议、其他安排与他人共同收购一个上市公司已发行的股份达到 30%时，继续进行收购的，应当向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。但是，经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。

二、上市公司收购中的权益披露

《证券法》规定，通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到 5%时，应当在该事实发生之日起 3 日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。

投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到 5% 后,其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少 5%,应当依照上述规定进行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后 2 日内,不得再行买卖该上市公司的股票。投资者依照上述规定所作的书面报告和公告,应当包括下列内容:①持股人的名称、住所;②持有的股票的名称、数额;③持股达到法定比例或者持股增减变化达到法定比例的日期。

上市公司收购活动相关当事人所报告、公告的信息,必须真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。任何人不得利用上市公司收购散布虚假信息,扰乱市场秩序或者进行其他欺诈活动。

三、上市公司收购的法律后果

收购期限届满,被收购公司股权分布不符合上市条件的,该上市公司的股票应当由证券交易所依法终止上市交易;其余仍持有被收购公司股票的股东,有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票,收购人应当收购。收购行为完成后,被收购公司不再具备股份有限公司条件的,应当依法变更企业形式。

在上市公司收购中,收购人持有的被收购的上市公司的股票,在收购行为完成后的 12 个月内不得转让。收购行为完成后,收购人与被收购公司合并,并将该公司解散的,被解散公司的原有股票由收购人依法更换;收购人应当在 15 日内将收购情况报告国务院证券监督管理机构和证券交易所,并予公告。

【例 7-10】 A、B 两公司均为股票上市公司。A 公司单独设立证券投资部,集中大量货币资金与某证券公司联合,利用公司年度报告和中期报告前的时间差,大量购入本公司股票;后利用发行债券的资金,委托其关联企业代为收购 B 公司发行在外的普通股,因未以 A 公司名义收购,故未上报国务院证券监督管理机构,也未对外公告,截至目前已累计收购 B 公司股份的 40%。请问:A 公司上述行为有哪些不合法之处?

【解析】 A 公司通过与其他证券公司联合,集中资金优势买卖本公司股票的行为属于操纵证券交易价格的操纵市场行为;而利用年度报告和中期报告前时间差买卖本公司股票,属于利用尚未公开的信息牟取利益,因此属于内幕交易行为。两种行为均属于《证券法》规定的禁止交易行为,根据法律规定,应当没收 A 公司非法所得,对公司处以 20 万~50 万元的罚款,并追究主要责任人的刑事责任。另外,本案例中 A 公司收购 B 公司股票的行为错误。原因在于,法律规定,收购上市公司股票只能以本公司名义进行;当公司持有其他公司股份达到 5% 时应向中国证监会报告并公告,且以后持股比例每增减变化达到 5% 时,仍应履行上述手续;当持有该公司股份达到 30% 时,若继续收购,则应公开发出收购要约。本案例中 A 公司违反了上述规定。

单元五 违反《证券法》的法律责任

违反《证券法》的法律责任的类型,包括民事责任、行政责任、刑事责任和经济责任。

一、违反《证券法》的民事责任

违反《证券法》的民事责任的主要形式是“赔偿”,包括赔偿责任和连带赔偿责任。

① 虚假陈述行为的民事责任。

- ② 其他禁止交易行为的民事责任。
- ③ 证券服务机构的民事责任。
- ④ 证券公司的民事责任。
- ⑤ 收购人或其控股股东的民事责任。

二、违反《证券法》的行政责任

违反证券法的行政责任形式包括“责令”形式的责任、警告、取缔、没收违法所得或非法收入、罚款、暂停或者撤销相关业务许可、责令关闭、撤销任职资格或者证券从业资格等。

三、违反《证券法》的经济责任

（一）证券市场禁入责任

违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的有关规定，情节严重的，国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券市场禁入的措施。

证券市场禁入是指在一定期限内直至终身不得从事证券业务或者不得担任上市公司董事、监事、高级管理人员的制度。

（二）股东权利限制责任

按照我国《公司法》的规定，有限责任公司的股东享有以下权利：表决权，选举权和被选举权，分取红利的权利，剩余财产分配权，查阅公司会议记录和财务会计报告权，增资优先认购权，转让出资权，优先购买其他股东转让的出资权，制定和修改公司章程的权利。其中，选举权和被选举权、查阅公司会议记录和财务会计报告权、制定和修改公司章程等身份性质的权利主要依据股东资格取得和享有，与实际出资无关。但是与股东投资行为相关的表决权、分红权、剩余财产分配权、增资优先认购权直接涉及公司的财产权，需按照股东实缴的出资比例行使。违反出资义务的股东，虽然名义上取得了股东资格，但由于其没有实施真实的投资行为，不仅没有使公司以其资本进行经营产生利润，也没有以其投资承担公司经营风险。因此，基于公平原则，没有履行出资义务的股东不能享有上述按出资比例确定的各项股东权利。在没有补足应缴出资款之前，应当对其相应的股东表决权、分红权、剩余财产分配权、增资优先认购权加以限制。

四、违反《证券法》的刑事责任

违反证券法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。



一、单项选择题

1. 下列各项中不属于内幕信息的是（ ）。
 - A. 公司的高级管理人员可能依法承担重大损害赔偿责任
 - B. 持有公司 5%以上股份的股东持有股份情况发生较大变化
 - C. 上市公司收购的有关方案
 - D. 公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的 20%

2. 承销包括包销和代销两种，下列承销公开发行股票的是（ ）。
- A. 商业银行 B. 证券经纪人
C. 信托投资公司 D. 证券经营机构
3. 在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量的行为属于（ ）。
- A. 欺诈行为 B. 操纵市场行为
C. 内幕交易行为 D. 编造或传播虚假信息行为
4. 某有限责任公司拟申请发行公司债券，该公司净资产额为人民币 2 亿元，3 年前该公司曾发行 6 年期债券 5 000 万元，该公司此次发行债券额最多不得超过（ ）。
- A. 1 000 万元 B. 3 000 万元 C. 5 000 万元 D. 9 000 万元
5. 公司公开发行新股票，其财务会计文件在规定期限内应无虚假记载，该期限是（ ）。
- A. 2 年 B. 1 年 C. 4 年 D. 3 年
6. 证券的承销，不论是代销还是包销，其期限最长不得超过（ ）。
- A. 60 日 B. 80 日 C. 90 日 D. 120 日
7. 为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，在该股票承销期内和期满后规定期限内不得买卖该种股票，该期限是（ ）。
- A. 1 个月 B. 3 个月 C. 6 个月 D. 1 年
8. 向社会公开发行的证券票面总值超过一定数额的，应组织承销团承销，该数额是（ ）。
- A. 1 000 万元 B. 3 000 万元 C. 4 000 万元 D. 5 000 万元
9. 通过证券交易所的证券交易，当投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到一定比例时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约，该比例是（ ）。
- A. 90% B. 75% C. 50% D. 30%
10. 根据《证券法》规定，上市公司最低资本限额为人民币（ ）。
- A. 1 000 万元 B. 2 000 万元 C. 3 000 万元 D. 4 000 万元

二、多项选择题

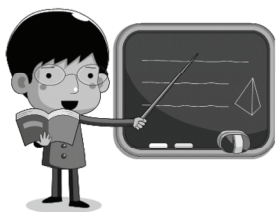
1. 根据《证券法》的规定，内幕人员包括（ ）。
A. 持有公司 5%股份的股东
B. 持有公司 2%股份的股东
C. 发行人的董事、监事、高级管理人员
D. 保荐人
2. 上市公司收购报告书应载明的事项有（ ）。
A. 收购人关于收购的决定
B. 被收购的上市公司名称
C. 收购目的
D. 收购所需资金额及资金保证
3. 下列符合《证券法》规定的有（ ）。
A. 通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到 5%的，应当在该事实发生之日起 3 日内，向有关部门书面报告，并予公告
B. 在选项 A 所述期间内，该投资者不能再行买卖该上市公司的股票
C. 投资者持有一个上市公司已发行的股份的 5%后，通过证券交易所的证券交易，其所持该上市公司已发行的股份比例每增减 5%都应依规定进行报告或公告

- D. 在对所持股份每增减 5% 的事实进行报告的期限内和作出报告公告后 2 日不得再行买卖该上市公司的股票
4. 某公司公开发行人 8 000 万元股票, 其与甲证券公司签订承销协议, 约定由甲公司负责该次股票的承销, 期限 4 个月。下列说法正确的是 ()。
- A. 该公司的承销协议是合法有效的
B. 该公司的股票应当由承销团承销, 而不只是一家证券公司
C. 承销协议规定的时间符合法律规定
D. 股票承销期限可以由承销协议双方当事人自行约定
5. 上市公司发生的下列事实中, 证券交易所可以决定该公司暂停上市的事实有 ()。
- A. 公司最近 2 年连续亏损
B. 公司未按规定公开其财务状况
C. 公司有重大违法行为
D. 公司的股本总额由人民币 1 亿元减至 3 000 万元
6. 我国《证券法》规定的内幕信息包括 ()。
- A. 公司股利分配或增资计划
B. 公司股权结构的重大变化
C. 公司债务担保的重大变化
D. 公司一次性报废资产超过营业资产的 30%
7. 公司债券上市交易后出现 () 情形时, 由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易。
- A. 公司有重大违法行为
B. 公司最近 2 年连续亏损
C. 未按照公司债券募集办法履行义务
D. 所募集资金不按照核准的用途使用
8. 股份有限公司申请其股票上市交易应符合的条件有 ()。
- A. 公司股本总额不少于人民币 3 000 万元
B. 公司最近 3 年无重大违法行为, 财务会计文件无虚假记载
C. 公开发行的股份达到公司股份总数的 25% 以上; 公司股本总额超过人民币 4 亿元的, 公开发行的股份的比例为 10% 以上
D. 开业时间在 3 年以上, 最近 3 年连续盈利
9. 股份有限公司为扩大经营规模、增加资本而发行新股时, 应符合的条件有 ()。
- A. 具备健全且运行良好的组织机构
B. 具有持续盈利能力, 财务状况良好
C. 公司在最近 3 年内财务会计文件无虚假记载, 无其他重大违法行为
D. 公司预期利润率可达同期银行存款利率
10. 申请公开发行公司债券, 应当向国务院授权的部门或者国务院证券监督管理机构报送的文件有 ()。
- A. 公司营业执照
B. 公司章程
C. 公司债券募集办法
D. 资产评估报告和验资报告

三、判断题

1. 上市公司不按规定公开其财务状况, 或者对财务会计报告作虚假记载的, 由国务院证券管理部门决定终止其股票上市。()

2. 股票是有限责任公司、股份有限公司和国有独资公司等企业法人签发的证明股东所持股份的法律凭证。()
3. 为股票发行出具审计报告、资产评估或者法律意见书等文件的服务机构和人员,在该股票承销期内不得买卖该种股票,但承销期满后可以。()
4. 收购要约期满,收购要约人持有的普通股未达到该公司发行在外的普通股总数的 50% 时,收购失败。()
5. 《证券法》规定,发行人公开发行股票、可转换公司债券等实行保荐制度。()
6. 《证券法》明确禁止证券公司开展融资和融券交易。()
7. 依法公开发行的股票、公司债券及其他证券,只能在依法设立的证券交易所进行交易,禁止在其他场所进行交易。()
8. 《证券法》禁止国有企业和国有资产控股的企业买卖上市交易的股票。()
9. 证券代销是指证券公司代发行人发售证券,在承销期结束时,将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。()
10. 公司在任何情况下都不得收购本公司股票。()



模块八

劳动合同法



知识目标

掌握劳动合同订立的主体、劳动合同订立的形式、劳动合同的类型、劳动合同必备条款和约定条款；熟悉劳动合同的效力、劳动合同的履行和变更、劳动合同的解除和终止及劳动争议的解决；了解劳动合同的概念和特征、劳动合同法的适用范围、劳动合同订立的原则及违反《劳动合同法》的法律责任。

技能目标

能具备签订合法劳动合同的能力和根据法律维护自身合法劳动权益的能力。

态度目标

培养依法劳动和依法维权的意识。



案例导读

今年 54 岁的王某，于 1994 年 10 月进入某证券股份有限公司下属营业部工作，1999 年起转为 B 类员工。其公司内部规定，B 类员工不是正式员工。在相同的单位，相同（或相似）的岗位，干相同（或相似）的工作，其享受的待遇却不相同，这让王某心里很不舒服。2005 年证券营业部向员工发放亲属慰问费 2 000 元，却没有王某的份儿，他向有关负责人询问，得到的回答是 B 类人员不享受此种待遇。2006 年公司继续发放亲属慰问费 3 000 元，依然没有王某的份儿，而且，公司 2005 年、2006 年发给员工的补充医疗保险费 8 000 元，也没有他的份儿。他在公司工作已经 10 年以上，单位却拒绝与其签订无固定期限劳动合同。

王某感到自己在公司受到不公平待遇，其合法正当的劳动权益受到侵害，于是于 2007 年 11 月向天津市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求与公司签订无固定期限劳动合同，要求公司补发其 2005 年、2006 年亲属慰问费，2005 年、2006 年补充医疗保险费。问题：王某的要求是否合法？

单元一 劳动合同法概述

一、劳动合同的概念和特征

（一）劳动合同的概念

劳动合同是劳动者和用人单位之间依法确立劳动关系，明确双方权利义务的书面协议。

（二）劳动合同的特征

与一般的民事合同相比，劳动合同有其自身独特的特征。

（1）劳动合同主体具有特定性。劳动合同的主体一方是劳动者，另一方是用人单位。

（2）劳动合同的内容具有较强的法定性。一般民事合同，双方当事人对合同的内容、形式、解除等都可以自行约定，但是劳动合同由于涉及财产和人身关系，劳动者在签订劳动合同后，就会隶属于用人单位，受到用人单位的管理。为了保护建立劳动关系后处于弱势的劳动者的权益，法律规定了较多的强制性规范，当事人双方签订劳动合同不得违反强制性规定，否则无效。

（3）劳动者在签订和履行劳动合同过程中的地位在发生变化。劳动者与用人单位在签订劳动合同时，遵循平等、自愿、协商一致的原则，双方法律地位是平等的，但是在履行劳动合同的过程中，用人单位和劳动者就具有了支配与被支配、管理与服从的从属关系。

二、劳动合同法的适用范围

劳动合同法有广义、狭义之分。狭义的劳动合同法仅指 2007 年 6 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，自 2008 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》），而广义的劳动合同法泛指我国现行的有关劳动方面的法律、法规和规章。

（1）中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位、依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用劳动合同法。

（2）国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照劳动合同法执行。

（3）事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照劳动合同法有关规定执行。

单元二 劳动合同的订立

一、劳动合同订立的概念和原则

（一）劳动合同订立的概念

劳动合同的订立是指劳动者和用人单位经过相互选择和平等协商，就劳动合同的各项条款协商一致，并以书面形式明确规定双方权利、义务及责任，从而确立劳动关系的法律行为。

（二）劳动合同订立的原则

订立劳动合同的原则，是指在劳动合同订立过程中，双方当事人应当遵循的法律准则。

依据《劳动合同法》的规定，订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应履行劳动合同约定的义务。

二、劳动合同订立的主体

（一）劳动合同订立主体的资格要求

订立劳动合同的双方当事人需具备主体合法性。

（1）劳动者需年满 16 周岁（文艺、体育、特种工艺单位录用人员经相关部门审批后可以例外），有劳动权利能力和行为能力。

（2）用人单位有用人权利能力和行为能力。用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。

【例 8-1】 许某初中未毕业辍学，虚岁 16 岁，其与一汽车修理厂签订了劳动合同。分析有何违法之处。

【解析】 许某主体资格不符合法律规定，其未满 16 周岁，不能订立劳动合同（文艺、体育、特种工艺单位录用人员经相关部门审批后可以例外）

（二）劳动合同订立主体的义务

1. 用人单位的义务和责任

用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况。

用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

用人单位扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。用人单位以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人 500 元以上 2 000 元以下的标准对用人单位处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【例 8-2】 某化妆品公司招聘销售人员，在签订劳动合同时要求员工交 300 元制服押金，以便制作统一的工作服装，并表示在员工与公司结束劳动关系并将制服完好返还公司后，公司将该押金全额返还给员工，部分员工认为公司收取押金违反了法律规定，遂向劳动行政部门投诉，请问劳动行政部门是否可以就此事作出行政处理？

【解析】 根据法律规定，用人单位不得以任何名义向劳动者收取财物，该公司以提供制服的名义收取押金的做法违反法律规定，劳动行政部门可以责令该公司将该押金返还给员工，并可以根据实际收取押金的员工人数按每人 500 元以上 2 000 元以下的标准对公司处以罚款。

2. 劳动者的义务

用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

三、劳动合同订立的形式

用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

对于已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起 1 个月内订立书

面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

为规范现实生活中存在的用人单位和劳动者已建立劳动关系，但却未同时订立书面劳动合同的情形，《劳动合同法》区分不同情况进行了规定。

(1) 自用工之日起 1 个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无须向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

(2) 用人单位自用工之日起超过 1 个月不满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付 2 倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并支付经济补偿。

用人单位向劳动者每月支付 2 倍工资的起算时间为用工之日起满 1 个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。

(3) 用人单位自用工之日起满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满 1 个月的次日至满 1 年的前一日应当向劳动者每月支付 2 倍的工资补偿，并视为自用工之日起满 1 年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

(4) 用人单位应当建立职工名册备查。职工名册应当包括劳动者姓名、性别、公民身份证号码、户籍地址及现住址、联系方式、用工形式、用工起始时间、劳动合同期限等内容。

注意：订立劳动合同除了书面形式外有例外情况，《劳动合同法》规定，非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

【例 8-3】小王从 2008 年 2 月 1 日起为一家服装公司工作，工资每月 6 000 元，双方未订立书面劳动合同。其后小王多次向公司提出订立书面合同的要求，公司却没有回应。2009 年 3 月，公司突然通知小王签订书面合同，薪水降为每月 3000 元，小王不同意签订该劳动合同。分析该案件应如何解决。

【解析】从 2008 年 2 月至 2009 年 3 月，小王在该单位工作已满 1 年，用人单位未与小王签订书面劳动合同，那么视为用人单位与小王签订了无固定期限劳动合同，小王可要求公司签订无固定期限劳动合同，同时小王可获得从 2008 年 3 月起至 2009 年 1 月（自用工之日起满 1 个月的次日至满 1 年的前一日）共 11 个月的双倍工资补偿，即除了正常的工资外，小王可再获得 66 000（ $66\,000=6\,000\times 11$ ）元。

四、劳动合同的类型

劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

（一）固定期限劳动合同

固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同。

（二）无固定期限劳动合同

无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

无固定期限劳动合同是一种长期性的合同，但是如果出现法律规定或合同约定的解除或

终止条件的，劳动者和用人单位也可以解除或终止无固定期限劳动合同。实践中，签订这种劳动合同一般会在劳动合同中注明“无固定期限”。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。

(1) 劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的。

(2) 用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满 10 年且距法定退休年龄不足 10 年的。

(3) 连续订立 2 次固定期限劳动合同，且劳动者没有下述情形，续订劳动合同的：①严重违反用人单位的规章制度的；②严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；③劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；④以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；⑤被依法追究刑事责任的；⑥劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；⑦劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

连续工作满 10 年的起始时间，应当自用人单位用工之日起计算，包括《劳动合同法》施行前的工作年限。劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的，新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时，不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。

但连续订立固定期限劳动合同的次数，应当自《劳动合同法》2008 年 1 月 1 日施行后，续订固定期限劳动合同日开始计算。

用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位自用工之日起满 1 年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同。

地方各级人民政府及县级以上地方人民政府有关部门为安置就业困难人员提供的给予岗位补贴和社会保险补贴公益性岗位，其劳动合同不适用《劳动合同法》有关无固定期限劳动合同的规定以及支付经济补偿的规定。

(三) 以完成一定工作任务为期限的劳动合同

以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

【例 8-4】 小张是一家私营企业的员工，从 2006 年开始在这个单位工作 2 年，签过两份固定期限劳动合同，小张想知道，2008 年再签新合同的话，自己是不是可以要求和单位签订无固定期限的劳动合同？

【解析】 根据规定，只有在 2008 年 1 月 1 日后签订的劳动合同，才可开始计算连续订立固定期限劳动合同的次数。由于小张之前的两份合同的签订时间在 2008 年 1 月 1 日之前，并不属于上述可签订无固定期限劳动合同第三种情形所规定的“连续订立 2 次固定期限劳动合同”，因此小张想要在 2008 年签订无固定期限劳动合同的主张缺乏法律依据。

五、劳动合同的效力

（一）劳动合同的生效

劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

劳动合同依法订立即生效，具有法律约束力。除非当事人对劳动合同生效有特殊约定，如约定须经公证或鉴证方可生效的劳动合同，其生效时间开始于鉴证、公证手续办理完毕之日。

（二）无效劳动合同

无效劳动合同，是指劳动合同虽然已经成立，但因违反了法律、行政法规的强制性规定而被确认为无效的劳动合同。

下列劳动合同无效或者部分无效。

（1）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。

（2）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的。

（3）违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

（三）无效劳动合同的法律后果

无效劳动合同，从订立时起就没有法律约束力。劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

单元三 劳动合同的主要内容

一、劳动合同必备条款

劳动合同必备条款是指劳动合同必须具备的内容。根据《劳动合同法》的规定，劳动合同应当具备以下条款：

（一）用人单位信息

用人单位信息包括用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人姓名。

（二）劳动者信息

劳动者信息包括劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码。

（三）劳动合同期限

劳动合同双方当事人可以选择订立固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同或以完成一

定工作任务为期限的劳动合同。

（四）工作内容和工作地点

工作内容包括劳动者从事劳动的工种、岗位和劳动定额、产品质量标准的要求等；工作地点是指劳动者可能从事工作的具体地理位置。

（五）工作时间和休息、休假

1. 工作时间

工作时间是指劳动者为履行劳动义务，在法律规定的标准下，根据劳动合同和集体合同的规定提供劳动的时间。工作时间通常指劳动者在一昼夜或一周内从事生产或工作的时间。换言之，工作时间是劳动者每天应工作的时数或每周应工作的天数。

目前我国实行的工时制度主要有标准工时制、不定时工作制和综合计算工时制三种类型。

（1）标准工时制，又称标准工作制，是指国家法律统一规定的劳动者从事工作或劳动的时间。国家实行劳动者每日工作 8 小时、每周工作 40 小时的标准工时制度。有些企业因工作性质和生产特点不能实行标准工时制度，应保证劳动者每天工作不超过 8 小时，每周工作不超过 40 小时，每周至少休息 1 天。

用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过 1 小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间，每日不得超过 3 小时，每月不得超过 36 小时。但有下列情形之一的，延长工作时间不受上述规定的限制：①发生自然灾害、事故或者因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；②生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公共利益，必须及时抢修的；③法律、行政法规规定的其他情形。

（2）不定时工时制，又称无定时工作制、不定时工作制，是指没有固定工作时间限制的工作制度，主要适用于一些因工作性质或工作条件不受标准工作时间限制的工作岗位。

（3）综合计算工时制，又称综合计算工时工作制，是指用人单位根据生产和工作的特点，分别以周、月、季、年等为周期，综合计算劳动者工作时间，但其平均日工作时间和平均周工作时间仍与法定标准工作时间基本相同的一种工时形式。

对于因工作性质或生产特点的限制，实行不定时工作制或综合计算工时制等其他工作和休息办法的职工，企业应根据国家有关规定，在保障职工身体健康并充分听取职工意见的基础上，采取集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等适当的工作和休息方式，确保职工的休息、休假权利和生产、工作任务的完成。

2. 休息、休假

休息是指劳动者在任职期间，在国家规定的法定工作时间以外，无须履行劳动义务而自行支配的时间，包括工作日内的间歇时间、工作日之间的休息时间和公休假日（即周休息日，是职工工作满一个工作周以后的休息时间）。

休假是指劳动者无须履行劳动义务且一般有工资保障的法定休息时间，包括法定假日和年休假。

（1）法定假日，是指由国家法律统一规定的用以开展纪念、庆祝活动的休息时间，包括新年、春节、清明节、劳动节、端午节、中秋节、国庆节等。

（2）年休假，是指职工工作满一定年限，每年可享有的保留工作岗位、带薪连续休息的

时间。

为了维护职工休息、休假权利,调动职工工作积极性,国务院于2007年12月14日以国务院令 第514号公布《职工带薪年休假条例》(以下简称“条例”),自2008年1月1日起施行。该条例规定机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工连续工作1年以上的,享受带薪年休假(以下简称“年休假”)。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。职工累计工作已满1年不满10年的,年休假5天;已满10年不满20年的,年休假10天;已满20年的,年休假15天,国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。单位应根据生产、工作的具体情况,并考虑职工本人意愿,统筹安排职工年休假。年休假在1个年度内可以集中安排,也可以分段安排,一般不跨年度安排。单位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的,可以跨1个年度安排。

职工有下列情形之一的,不享受当年的年休假:①职工依法享受寒暑假,其休假天数多于年休假天数的;②职工请事假累计20天以上且单位按照规定不扣工资的;③累计工作满1年不满10年的职工,请病假累计2个月以上的;④累计工作满10年不满20年的职工,请病假累计3个月以上的;⑤累计工作满20年以上的职工,请病假累计4个月以上的。

【例8-5】石某在A公司任2年保安,在B公司任3年保安,在C公司做勤杂工作3年。C公司安排石某在“五一”期间休带薪年假,请问石某应当享有的带薪年假是多少天?

【解析】石某在A、B、C三个公司累计工作时间是8年,不满10年。依据《职工带薪年休假条例》规定,石某应享有5天带薪年假(不包括“五一”法定休假日和年休假期间的周六、周日法定休息日)。

(六) 劳动报酬

1. 劳动报酬及其支付

劳动报酬是指用人单位根据劳动者劳动的数量和质量,以货币形式支付给劳动者的工资。这是劳动者为用人单位提供劳动获得的直接回报,是劳动者提供劳动的直接目的,也是劳动者的生活来源。

工资应当以法定货币支付,不得以实物及有价证券替代货币支付。工资必须在用人单位与劳动者约定的日期支付。如遇节假日或休息,则应提前在最近的工作日支付。工资至少每月支付一次,实行周、日、小时工资制的可按周、日、小时支付工资。对完成一次性、临时劳动或某项具体工作的劳动者,用人单位应按有关协议或合同规定在其完成劳动任务后即支付工资。

2. 特殊情况下的工资支付

劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间,用人单位应当依法支付工资,在部分公民放假的节日期间(妇女节、青年节),对参加社会活动或单位组织庆祝活动和照常工作的职工,单位应支付工资报酬,但不支付加班工资。如果该节日恰逢星期六、星期日,单位安排职工加班工作,则应当依法支付休息日的加班工资。

用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后,根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的,应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬:①用人单位依法安排劳动者在日标准工作时间以外延长工作时间的,按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的150%支付劳动者工资;②用人单位依法安排劳动者在休息日工作,不能安排补休的,按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的200%支

付劳动者工资；③用人单位依法安排劳动者在法定休假日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的 300% 支付劳动者工资。

实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，根据上述原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的 150%、200%、300% 支付其工资。

用人单位安排加班不支付加班费的，由劳动行政部门责令限期支付加班费，逾期不支付的，责令用人单位按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准向劳动者加付赔偿金。

经劳动行政部门批准实行综合计算工时制的，其综合计算工作时间超过法定标准工作时间的部分，视为延长工作时间，按上述规定支付劳动者延长工作时间的工资。

实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定。

因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

【例 8-6】 夏某的日工资为 120 元，每周工作 5 天，每天工作 8 小时。她在 2012 年 10 月的一个周六加班了 1 天，在“十一”国庆节法定假期加班了 2 天。请问：夏某 10 月份可以获得多少加班工资？如果公司不支付，夏某可以得到什么经济赔偿？

【解析】 夏某周六加班 1 天，获得 2 倍工资报酬， $120 \times 2 = 240$ （元），法定假日加班获得 3 倍工资报酬， $120 \times 3 \times 2 = 720$ （元），一共是 $240 + 720 = 960$ （元）。如果公司不同意支付，王某可向劳动行政部门反映，由劳动行政部门责令用人单位限期支付；公司逾期仍不支付的，由劳动行政部门责令公司支付，并按应付金额即 960 元的 50% 以上 100% 以下的标准向夏某加付赔偿金。

3. 最低工资制度

国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由各省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。确定和调整最低工资标准综合参考下列因素：①劳动者本人及平均赡养人口的最低生活费用；②社会平均工资水平；③劳动生产率；④就业状况；⑤地区之间经济发展水平的差异。

劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的，有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项，按照劳动合同履行地的有关规定执行；用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准，且用人单位与劳动者约定按照用人单位注册地的有关规定执行的，从其约定。

（七）社会保险

社会保险包括养老保险、失业保险、医疗保险、工伤保险、生育保险五项。参加社会保险、缴纳社会保险费是用人单位与劳动者的法定义务，双方都必须履行。

（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护

劳动保护是指保护劳动者在工作过程中不受伤害。劳动条件是指用人单位为劳动者提供正常工作所必需的条件，包括劳动场所和劳动工具。职业危害防护是对工作可能产生的危害的防护措施。劳动保护、劳动条件和职业危害防护，是劳动合同中保护劳动者身体健康和安全的重要条款。

（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项

法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项，即按照《劳动合同法》以外的其他法律和行政法规的规定，应当在劳动合同中载明的内容。

二、劳动合同约定条款

除劳动合同必备条款外，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定试用期、服务期、保守商业秘密和竞业限制、补充保险和福利待遇等其他事项。但约定事项不能违反法律、行政法规的强制性规定，否则该约定无效。

（一）试用期

试用期是指用人单位和劳动者双方相互了解、确定对方是否符合自己的招聘条件或求职条件而约定的考察期。

试用期属于劳动合同的约定条款，双方可以约定试用期，也可以不约定试用期。

1. 试用期期限的强制性规定

劳动合同期限 3 个月以上不满 1 年的，试用期不得超过 1 个月；劳动合同期限 1 年以上不满 3 年的，试用期不得超过 2 个月；3 年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过 6 个月。上述 1 年以上包括 1 年，3 年以下不包括 3 年，3 年以上包括 3 年。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。这意味着：在试用期内解除劳动合同，不管是用人单位解除还是劳动者解除，用人单位再次招用该劳动者时，不得再约定试用期；劳动者试用期结束后，不管是在劳动合同期限内，还是劳动合同续订，用人单位都不得再约定试用期；劳动合同续订或者劳动合同终止后一段时间又招用劳动者的，对该劳动者，用人单位不得再约定试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满 3 个月的，不得约定试用期。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

用人单位违反规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

2. 试用期工资的强制性规定

《劳动合同法》规定，劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的 80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。劳动合同约定工资，是指该劳动者与用人单位订立的劳动合同中约定的劳动者试用期满后的工资。

3. 试用期内劳动合同的解除

（1）劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但应当向劳动者说明理由：

- ①劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；
- ②劳动者严重违反用人单位的规章制度的；
- ③劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- ④劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- ⑤劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者

变更劳动合同的；⑥劳动者被依法追究刑事责任的；⑦劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；⑧劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

(2) 劳动者在试用期内提前 3 日通知用人单位，可以解除劳动合同。

【例 8-7】 2012 年，甲与某公司签订了 1 年期的劳动合同，合同规定试用期为 3 个月，试用期工资为 1 800 元，试用期满后工资为 2 000 元/月。请问：该试用期约定是否有效？

【解析】 该试用期约定不能生效。根据《劳动合同法》的规定，1 年期的劳动合同试用期不能超过 2 个月。如果甲已经履行了 3 个月的试用期，并在该 3 个月内只获得每月 1 800 元的试用期工资，那么该公司应该以每月 2 000 元的工资标准，对超过 2 个月法定试用期的另一个月予以赔偿，即赔偿差额 200（ $200=2\,000-1\,800$ ）元。

（二）服务期

1. 服务期的含义

(1) 服务期是指劳动者因享受用人单位给予的特殊待遇而作出的劳动履行期限承诺。

(2) 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

(3) 培训费用包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

服务期与劳动合同一般期限在时间长度上不一致，前者一般长于后者；劳动合同期满，但是用人单位与劳动者约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。

2. 劳动者违反服务期的违约责任

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。对已经履行部分服务期限的，用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

如果用人单位没有对劳动者培训出资，则无权要求劳动者按约定承担违约责任；同时，即使用人单位单方面声称已出资，但不能提供相应的支付凭证的，则因其缺乏证据，也不能要求劳动者承担违约责任。

一般而言，只有劳动者在服务期内提出与单位解除劳动关系时，用人单位才可以要求其支付违约金。不过，为了防止可能出现的规避赔偿责任，如果劳动者因下列违纪等重大过错行为而被用人单位解除劳动关系的，用人单位仍有权要求其支付违约金。

(1) 劳动者严重违反用人单位的规章制度的。

(2) 劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的。

(3) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出拒不改正的。

(4) 劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。

(5) 劳动者被依法追究刑事责任的。

3. 劳动者解除劳动合同不属于违反服务期约定的情形

用人单位与劳动者约定服务期，劳动者依照下述情形的规定解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。

- (1) 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的。
- (2) 用人单位未及时足额支付劳动报酬的。
- (3) 用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的。
- (4) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的。
- (5) 用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。
- (6) 用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的。
- (7) 用人单位违反法律、行政法规强制性规定的。
- (8) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

【例 8-8】 某公司为员工张某支付培训费 1 万元，约定服务期为 5 年。3 年后，张某以劳动合同期满为由，不肯再续签合同。公司要求其支付违约金。请问：张某是否应支付违约金？若违约，应支付违约金的数额是多少？

【解析】 张某违反服务期约定，应支付违约金。公司为其支付的培训费为 1 万元，约定的服务期为 5 年，每年扣减 2 000 元。因已履行劳动合同 3 年，则张某应支付的违约金数额为余额 4 000 元。

（三）保守商业秘密和竞业限制

用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。补偿金的数额由双方约定，劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

竞业限制又称竞业禁止，是对与权利人有特定关系的义务人的特定竞争行为的禁止。劳动者竞业限制的依据是劳动者和用人单位签订的竞业限制条款或协议。根据劳动者和用人单位签订的竞业限制条款或协议，在双方劳动关系解除和终止后，限制劳动者一定时期的择业权，对于因此给劳动者造成的损害，用人单位给予劳动者相应的经济补偿。这是由于竞业限制条款是在双方劳动关系解除和终止后发生效力，即该条款限制了该劳动者一定时期的择业权，对劳动者造成了损害，用人单位如果要求劳动者签订竞业限制条款，就必须给予劳动者相应的经济补偿，否则该条款无效。

竞业限制条款适用范围应限定为负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者，限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定。竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。例如，在解除或者终止劳动合同后，禁止竞业限制人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位工作，或者自己开业生产或者经营同类产品。从事同类业务的竞业限制期限不得超过 2 年。

【例 8-9】 张先生原是某公司的销售总监，公司与他签订了竞业限制协议，约定无论张先生因何离职，离职后 1 年内不得在本行业从事相关业务，公司在离职 3 个月和半年时分三次

支付总数为 6 万元的补偿金。在该公司工作 3 年后, 张先生突然向公司辞职, 但公司只给了他第一笔补偿金 2 万元, 其余部分公司一直没有支付。张先生认为公司违约, 竞业限制协议已自动失效, 遂在离职 4 个月后到原公司的对手公司上班。请问: 张先生的做法是否能得到法律支持, 其对原公司是否应承担违约责任?

【解析】 竞业限制合同是双务有偿合同, 离职员工承担保守原企业商业秘密、不与原企业竞争的义务, 同时享有获取一定经济报酬的权利。离职员工如果得不到相应的补偿, 择业自主权利又受到竞业限制合同的限制, 双重的不利势必影响其生存状况和发展前景。因用人单位原因不按协议约定支付经济补偿金, 经劳动者要求仍不支付的, 劳动者可以解除竞业限制协议。因此, 张先生应该先向公司要求支付剩余的经济补偿, 如果公司仍不履行合同义务, 张先生可主张竞业限制协议终止, 此时, 张先生可以自由择业。然而本案例中, 虽然张先生只拿到第一笔经济补偿金, 但竞业限制协议并未自然失效, 张先生仍然负有不与原企业竞争的义务。因此, 张先生的做法不能得到法律支持, 其对原公司应承担违约责任。

三、医疗期

(一) 医疗期的概念

医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作, 治病休息, 但不得解除劳动合同的期限。

与之相对应, 职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作、接受工伤医疗的期间则称为停工留薪期。职工在停工留薪期享受工伤医疗待遇, 工伤职工在停工留薪期满后仍需治疗的, 继续享受工伤医疗待遇。用人单位依法终止工伤职工的劳动合同的, 除依据规定向劳动者支付经济补偿金外, 还应当按照国家有关工伤保险的规定支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。

(二) 医疗期期间

企业职工因患病或非因工负伤, 需要停止工作, 进行医疗时, 根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限, 给予 3 个月到 24 个月的医疗期。

(1) 实际工作年限 10 年以下的, 在本单位工作年限 5 年以下的为 3 个月; 5 年以上的为 6 个月。

(2) 实际工作年限 10 年以上的, 在本单位工作年限 5 年以下的为 6 个月; 5 年以上 10 年以下的为 9 个月; 10 年以上 5 年以下的为 12 个月; 15 年以上 20 年以下的为 18 个月; 20 年以上的为 24 个月。

医疗期的计算方法: 医疗期 3 个月的按 6 个月内累计病休时间计算; 6 个月的按 12 个月内累计病休时间计算; 9 个月的按 15 个月内累计病休时间计算; 12 个月的按 18 个月内累计病休时间计算; 18 个月的按 24 个月内累计病休时间计算; 24 个月的按 30 个月内累计病休时间计算。即医疗期的计算从病休第一天开始, 累计计算。例如, 1 名应享受 3 个月医疗期的职工, 如果从 2013 年 3 月 15 日起第一次病休, 则该职工医疗期应在 3 月 15 日至 9 月 14 日 6 个月内的时间段确定。假设到 7 月 20 日, 则该职工已累计病休 3 个月, 即视为医疗期满。若该职工在 7 月 21 日至 9 月 14 日之间再次病休, 就无法享受医疗期待遇。

病休期间, 公休、假日和法定节日包括在内。对某些患特殊疾病(如癌症、精神病、瘫

疾等)的职工,在24个月内尚不能痊愈的,经企业和劳动主管部门批准,可以适当延长医疗期。

(三) 医疗期内的待遇

企业职工在医疗期内,其病假工资、疾病救济费和医疗待遇按照有关规定执行。病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付,但最低不能低于最低工资标准的80%。医疗期内不得解除劳动合同。如医疗期内遇合同期满,则合同必须续延至医疗期满,职工在此期间仍然享受医疗期内待遇。对医疗期满尚未痊愈者,或者医疗期满后,不能从事原工作,也不能从事用人单位另行安排的工作,被解除劳动合同的,用人单位需按经济补偿规定给予其经济补偿。

【例 8-10】 2012年3月,王某被某企业录用,双方签订为期5年的劳动合同。2013年7月20日,王某患病住院,经诊断,需住院1个月。王某住院期间,用人单位停发王某全部工资,并以不能适应工作、不符合录用条件为由,解除了王某的劳动合同。分析该单位的做法是否合法,王某是否可以要求用人单位收回解除劳动合同的决定,继续履行合同,并给予其病假待遇。

【解析】 劳动者患病或负伤,在规定的医疗期内,劳动用人单位不得解除劳动合同。本案例中,用人单位在王某患病住院依规定应享有的医疗期内,即决定解除王某的劳动合同,属于违反规定的行为。用人单位解除劳动合同的决定无效,王某可以要求用人单位继续履行合同,补发病假工资和报销医疗费用。

单元四 劳动合同的履行和变更

一、劳动合同的履行

劳动合同的履行是指劳动合同生效后,双方当事人按照劳动合同的约定,完成各自承担的义务和实现各自享受的权利,使双方当事人订立合同的目的得以实现的法律行为。

(一) 用人单位与劳动者双方应当履行劳动合同的要求

(1) 用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的,劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令,人民法院应当依法发出支付令。

(2) 用人单位应当严格执行劳动定额标准,不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的,应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。

(3) 劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的,不视为违反劳动合同。劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件,有权对用人单位提出批评、检举和控告。

(4) 用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项,不影响劳动合同的履行。

(5) 用人单位发生合并或者分立等情况,原劳动合同继续有效,劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

（二）用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度

1. 劳动规章制度的含义

用人单位的劳动规章制度是用人单位制定的组织劳动过程和进行劳动管理的规则和制度的总和，又称内部劳动规则，是企业内部的“法律”，其主要是对劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的事项进行的规定。劳动规章制度的内容不能违反劳动法律法规的义务性规范和劳动合同的约定条款。合法有效的劳动规章制度是劳动合同的组成部分，对用人单位和劳动者均具有法律约束力。

2. 建立劳动规章制度的程序

用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务，并对直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项在制定、修改及实施过程从程序上予以严格规范，核心是民主协商与劳资共议，可分为以下三个步骤。

（1）经职代会或全体职工讨论，提出方案和意见。

（2）与工会或职工代表平等协商确定。

（3）用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定在单位内公示，或者告知劳动者。

如果用人单位的规章制度未经公示或者未对劳动者告知，该规章制度对劳动者不生效。企业公示或告知劳动者规章制度可以采用张贴通告、员工手册送达、会议精神传达等方式。

【例 8-11】 某公司员工申请劳动仲裁，要求公司支付加班工资，理由是其周末在公司加班，公司以规章制度规定，周末到公司加班者应在前台办理加班登记，而该员工以未登记为理由表示抗辩，在仲裁过程中，公司出示了该规章制度，但该员工表示，公司在与其签订劳动合同时并未出示过该规章，在其后的劳动关系过程中也从未向其表明有该规章，该员工没有在该规章上签过字，不知道该规章的存在，更不知道周末加班应到前台办理登记的规定。请问：该员工的主张能否得到支持？

【解析】 根据法律规定，公司没有证据证明该规章告知过该劳动者，因此该规章对劳动者没有法律约束力，员工的主张能得到仲裁庭支持。

3. 劳动规章制度的监督 and 法律责任

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告。

规章制度损害劳动者权益的，劳动者可以据此解除劳动合同，用人单位应当向劳动者支付经济补偿；规章制度的实施给劳动者造成了损害的，用人单位应承担赔偿责任。

二、劳动合同的变更

劳动合同的变更是指在劳动合同开始履行但尚未履行完毕之前，因订立劳动合同的主客观条件发生了变化，当事人依照法律规定的条件和程序，对原合同中的某些条款进行修改、补充的法律行为。

用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用

书面形式,变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

劳动合同的变更是对原合同内容的修改、补充或者废止,而不是签订新的劳动合同。同订立劳动合同一样,变更劳动合同也应当遵循平等自愿、协商一致的原则,不得违反法律、行政法规的规定,未对变更劳动合同达成一致意见的,任何一方都不得擅自变更劳动合同。

变更劳动合同的自愿原则有绝对自愿一致和相对自愿一致之分。绝对自愿一致是指在一般情况下,如果任何一方拒绝变更劳动合同,那么就要继续履行原劳动合同;而相对自愿一致是针对一些特殊情况而言的,如企业实施股份制或股份合作制改造之后,用人单位主体发生了改变,或是发生了不可抗力,或者出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况,如企业迁移等,那么即使有一方拒绝变更劳动合同,也不能再履行原劳动合同了。

此外,还要注意以下两种情况的区别:如果用人单位根据工作需要调整劳动者的工作岗位,可以与劳动者协商一致,变更劳动合同的相关内容;如果因劳动者不能胜任工作而变更,调整工作岗位,则属于用人单位的自主权,用人单位可以根据需要变更劳动合同。

单元五 劳动合同的解除和终止

一、劳动合同解除

劳动合同解除是指在劳动合同订立后,劳动合同期限届满之前,因出现法定的情形,一方单方通知结束劳动关系或双方协商提前结束劳动关系的法律行为。

劳动合同解除分为协商解除和法定解除两种情况。

(一) 协商解除

协商解除,又称意定解除,是指劳动合同订立后,双方当事人因某种原因,在完全自愿的基础上协商一致,合意解除劳动合同,提前终止劳动合同的效力。

协商解除的法律特征如下。

(1) 双方当事人具有平等的解除合同请求权,劳动者或用人单位都可主动向对方提出终止劳动合同关系的请求;

(2) 必须经双方平等自愿协商一致而达成协议,才可解除合同,任何一方都不能强加自己的意志于对方当事人;

(3) 协议解除不受合同终止条件的约束;

(4) 由用人单位提出解除劳动合同而与劳动者协商一致的,必须依法向劳动者支付经济补偿。由劳动者主动辞职而与用人单位协商一致解除劳动合同的,用人单位无须向劳动者支付经济补偿。

(二) 法定解除

法定解除是指在出现国家法律、法规或劳动合同规定的可以解除劳动合同的情形时,不需双方当事人一致同意,劳动合同效力可以自然或由单方提前终止。法定解除又可分为劳动者的单方面解除和用人单位的单方解除。

1. 劳动者可单方面解除劳动合同的情形

(1) 劳动者提前通知解除劳动合同的情形:①劳动者在试用期内提前3日通知用人单位,

可以解除劳动合同；②劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。

在此情形下，劳动者不能获得经济补偿，而且劳动者必须履行法定的通知程序。如果劳动者没有履行通知程序，则属于违法解除，如果因此对用人单位造成损失的，劳动者应对用人单位的损失承担赔偿责任。

(2) 劳动者可随时通知解除劳动合同的情形：①用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；②用人单位未及时足额支付劳动报酬的；③用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；④用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；⑤用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；⑥用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；⑦用人单位违反法律、行政法规强制性规定的；⑧法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

对劳动者依据上述情形而解除劳动合同的，用人单位需向劳动者支付经济补偿。

(3) 劳动者不需事先告知即可解除劳动合同的情形：①用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的；②用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。

在上述这两种情形中，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

对于劳动者不需事先告知即可解除劳动合同的，用人单位需向劳动者支付经济补偿。

【例 8-12】 张某是一家大型外资企业的销售总监，其与用人单位签订的劳动合同约定实行不定时工作制。2013 年 5 月，张某突然以企业未支付其延时工作加班费为由单方面向公司提出解除劳动合同，并在未得到公司同意的情况下就离开了公司。公司因其突然辞职而造成很多工作无法交接。请问：张某的辞职行为是否合法？

【解析】 由于张某与公司签订的是不定时工作制劳动合同，以延时工作要求公司支付加班工资的理由不能成立，张某据此单方面解除劳动合同的行为，不符合随时通知用人单位解除劳动合同的情形，也不属于提前 30 日通知用人单位而辞职，或者与用人单位协商一致解除劳动合同的规定情形，属于违法解除劳动合同。

【例 8-13】 2012 年 1 月，甲与用人单位签订了为期 5 年的劳动合同，试用期为 3 个月。2013 年 2 月 27 日，甲在查询社保缴纳记录时，发现单位未缴纳试用期（2012 年 1~3 月）的社保费。根据合同上的有关约定，2013 年 3 月 28 日，甲向单位提出补交社保费的要求，遭到拒绝，于是甲向用人单位寄出“解除劳动合同通知书”；同时，准备申请仲裁，要求用人单位支付经济补偿以及补交社保费。请问：甲的要求能否得到法律支持？

【解析】 用人单位给劳动者参加社会保险是法定的义务。只要建立了劳动关系就应当依法参加社会保险，缴纳社会保险费。试用期包括在劳动合同期限内，试用期同样属于劳动关系的存续期间，因此，用人单位也应当为试用期内的员工缴纳社保费。该用人单位对甲要求补交社保费的要求予以拒绝，甲有权随时通知单位解除劳动合同，并且得到经济补偿和补交社保费的待遇。

2. 用人单位可单方面解除劳动合同的情形

(1) 提前通知解除的情形（无过失性辞退）。有下列情形之一的，用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同：①劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；②劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

③劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的。

用人单位选择额外支付劳动者 1 个月工资解除劳动合同,其额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月工资标准确定。

在合法解除劳动合同的同时,用人单位应当但却没有及时向劳动者支付经济补偿的,用人单位应按应付经济补偿金额 50%以上 100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。

用人单位没有依照规定解除劳动合同的,属于违法解除情形。例如,劳动者不能胜任工作的,应先经过培训或者调整工作岗位,没有经过培训或调整工作岗位就解除劳动合同的,属于违法解除。另外,在具体解除劳动合同时,必须符合法律规定的程序。例如,没有提前 30 日书面通知或是即时通知而没有额外支付 1 个月工资就直接解除劳动合同的,也属于用人单位违法解除劳动合同。

用人单位违反规定解除劳动合同,劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行;劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的,用人单位应当依照《劳动合同法》规定的经济补偿标准的 2 倍向劳动者支付赔偿金,支付了赔偿金的,不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。

【例 8-14】 劳动者张某患糖尿病住院,医疗期满后,不能从事原来的工作。虽经用人单位对其重新安排,但仍不能从事新工作。用人单位决定即时解除与张某的劳动合同,同时支付给张某 1 个月的工资作为解除合同的经济补偿。但用人单位在办理交接工作时没有给予张某经济补偿。请问:用人单位的做法正确吗?

【解析】 依照《劳动合同法》的规定,对于医疗期满后,不能从事原来的工作,经用人单位重新安排但仍不能从事新工作情形的,用人单位可以提前 30 日通知解除合同,或者额外支付劳动者 1 个月工资后,可以解除劳动合同,该案例中,用人单位以支付 1 个月工资作为解除合同的补偿而即时解除合同是可以的,但用人单位没有在解除劳动合同的同时支付经济补偿,属于延迟支付,应当按应付经济补偿金额的 50%以上 100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。

【例 8-15】 甲在乙公司做销售人员,签订有 1 年期劳动合同。公司对销售人员每月规定有销售指标,并规定 3 个月不能完成指标属于不能胜任工作。甲工作半年后无心从事此工作,导致销售业绩一直下滑,已有 3 个月没有完成指标。请判断下述分析是否正确。

(1) 如果乙公司提出并和甲协商即时解除劳动合同,而甲表示同意的话,双方可以即时解除劳动合同,但乙公司应支付甲经济补偿。

(2) 如果乙公司和甲协商即时解除劳动合同,而甲表示不同意的话,乙公司应对甲进行培训或者调整工作岗位,如果甲仍不能胜任工作,则乙公司可以提前 30 日书面通知甲解除劳动合同,或者额外支付甲 1 个月工资即时通知解除甲的劳动合同。

(3) 如果乙公司对甲没有经过培训或调整工作岗位就解除劳动合同,或者乙公司没有提前 30 日书面通知,或者即时通知却没有额外支付甲 1 个月工资就直接解除劳动合同,属于违法解除,公司所作的解除合同决定不符合规定,应该收回或撤销对甲的解除劳动合同决定,恢复双方的劳动关系,或者不再继续履行合同,而乙公司因此要承担支付甲 2 倍经济补偿的赔偿金,不再支付经济补偿。

【解析】 上述情形的分析符合法律规定,正确。

(2) 用人单位可随时通知劳动者解除合同的情形:①劳动者在试用期间被证明不符合录

用条件的；②劳动者严重违反用人单位的规章制度的；③劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；④劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；⑤劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；⑥劳动者被依法追究刑事责任的。

依据上述情形解除劳动合同的，用人单位无须向劳动者支付经济补偿。需要注意的是，用人单位的解除理由必须充分符合上述情形。例如，依据劳动者在试用期间被证明不符合录用条件而解除劳动合同的，必须有关于录用条件的规定以及劳动者表现的记录等有关证据。如果用人单位所依据的理由实际上不能成立，那么用人单位解除劳动者的劳动合同是违法的。

【例 8-16】 甲所在公司人手一册的《员工守则》规定：“上班时间不得利用办公计算机玩游戏；违者，第一次给予书面警告，第二次再犯，则给予立即解除劳动合同的处理。”甲在公司上班时间屡次用办公计算机玩游戏，公司经理口头予以过多次警告。后公司董事长撞见甲上班时间玩计算机游戏，令经理立即解聘甲。请问：公司可以立即解聘甲吗？

【解析】 劳动者与用人单位在履行劳动合同的过程中，双方要共同遵守企业内部的规章制度。企业规章制度是对职工行为准则的规范，也是对企业处理职工的程序规定。因为目前法律法规对职工的违纪行为不可能一一列举，劳动合同中一般也不具体规定何种行为为违纪行为，以及违纪行为达到何种程度，企业可以解除劳动合同。所以，企业的规章制度就对法律法规和劳动合同的这一空白进行了补充规定。劳动者严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以随时解除劳动合同。

用人单位依据规章制度对违纪的劳动者作出处理决定，既要符合实体性的规定，又要符合程序性的规定。本案例中，企业规章制度中规定，该企业对违反规定在上班时间利用办公计算机玩游戏的员工，第一次对其作出书面警告，如果第二次再犯这类的错误，才能解除员工的劳动合同。即该企业依据此条规定解除违纪员工的劳动合同，必须经过书面警告的程序，由于该企业对甲违纪行为未给予过书面警告，那么甲利用办公计算机玩游戏的行为就不能直接产生解除劳动合同的法律后果，即该企业立即解除与甲的劳动合同这一处理决定的程序不合法。

(3) 用人单位可以裁减人员的情形（经济性裁员）。有下列情形之一，需要裁减人员 20 人以上或者裁减不足 20 人但占企业职工总数 10% 以上的，用人单位提前 30 日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：①依照企业破产法规定进行重整的；②生产经营发生严重困难的；③企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；④其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员不足 20 人，占企业职工总数不足 10% 的，无须执行上述程序。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：①与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；②与本单位订立无固定期限劳动合同的；③家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。用人单位裁减人员后，在 6 个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

对于用人单位裁减人员的情形，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

(4) 用人单位不得解除劳动合同的情形。

劳动者有下列情形之一的，用人单位不得解除劳动合同：①从事接触职业病危害作业的

劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；②在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；③患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；④女职工在孕期、产期、哺乳期的；⑤在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的；⑥法律、行政法规规定的其他情形。

用人单位在上述情形下解除劳动合同的，属于违法解除劳动合同情形，劳动者可要求继续履行劳动合同，享受在劳动关系存续期间的待遇；如果劳动者不愿继续履行劳动合同或者劳动合同的履行已经不可能，那么劳动者可要求获得2倍经济补偿的赔偿金。

【例8-17】洪某与一家公司签订劳动合同，合同期限自2011年12月2日至2012年3月1日止。合同期满后双方未续订，但公司继续安排洪某在原工作岗位上上班，并向其支付相应的劳动报酬，2013年4月10日上午，洪某在作业时不慎受伤，经当地劳动和社会保障局认定洪某为工伤，七级伤残。洪某受伤后，要求用人单位给予工伤待遇，并保持与单位的劳动关系；公司认为劳动合同早已期满，不同意保持与洪某的劳动关系。请问：该案应如何处理？

【解析】洪某与公司的劳动合同期满后未续订，但公司让洪某继续在本单位原工作岗位上工作，并向其支付相应的劳动报酬，这些做法符合法律、法规规定的事实劳动关系的要件，因此，洪某与公司间已形成事实上的劳动关系，事实劳动关系同样受劳动法律保护。洪某在此期间发生了工伤，根据法律规定，公司不能解除与洪某的劳动关系，除非劳动者本人提出终止劳动合同，双方劳动关系才可以终止。而洪某不愿意自谋职业，要求与单位继续保持劳动关系，因此，公司应当给洪某安排适当的工作，不得因工伤与其解除劳动关系。

二、劳动合同的终止

劳动合同终止是指劳动合同订立后，因出现某种法定的事实，导致用人单位与劳动者之间形成的劳动关系自动归于消灭，或导致双方劳动关系的继续履行成为不可能而不得不消灭的情形。劳动合同终止主要基于某种法定事实的出现，其一般不涉及用人单位与劳动者的意思表示，只要法定事实出现，一般情况下，都会导致双方劳动关系的消灭。

（一）劳动合同终止的情形

在下列情形下，劳动合同可以终止：

- （1）劳动合同期满的。
- （2）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的。
- （3）劳动者达到法定退休年龄的。
- （4）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的。
- （5）用人单位被依法宣告破产的。
- （6）用人单位被吊销营业执照，责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的。
- （7）法律、行政法规规定的其他情形。

用人单位与劳动者不得约定上述情形之外的其他劳动合同终止条件，即使约定也无效。

（二）劳动合同终止的限制性规定

一般劳动合同期满，劳动合同就终止，但也有例外。如果有下列情形，用人单位既不得解除劳动合同，也不得终止劳动合同，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。

- （1）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病

人在诊断或者医学观察期间的。

- (2) 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的。
- (3) 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的。
- (4) 女职工在孕期、产期、哺乳期的。
- (5) 在本单位连续工作满 15 年，且距法定退休年龄不足 5 年的。
- (6) 法律、行政法规规定的其他情形。

上述第(2)项“丧失或者部分丧失劳动能力”劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。

【例 8-18】 小张于 2009 年 1 月到某市一家私营企业工作，并签订了为期 3 年的劳动合同。2011 年 5 月，该企业工会会员大会选举新一届工会委员会，任期 3 年，小张被选举为女职工委员。2012 年 1 月，该企业老板通知小张劳动合同期满，不再续签劳动合同。小张认为根据《工会法》，她的劳动合同应当自动续延至 2014 年 5 月，企业不应以原劳动合同到期为由终止其劳动合同。请问：小张的主张能否得到支持？

【解析】 关于合同期满后，劳动合同仍不能终止的情形，除了《劳动合同法》明确规定的以外，还应注意其他法律、行政法规规定的其他情形。

修正后的《工会法》第十八条规定：“基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间；非专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长至任期期满。但是，任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。”本案例中，小张的劳动合同应当在其当选工会委员后自动延长至任期期满，即 2011 年 5 月。该企业违反《工会法》的规定，终止小张的劳动合同属于违法解除劳动合同。小张的主张能够得到法律支持，小张可以要求劳动监察部门责令企业限期内恢复小张的工作。

三、劳动合同解除和终止的法律后果和责任

(1) 劳动合同的解除和终止，只对未履行的部分发生效力，即双方不再继续履行劳动合同。

(2) 用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

(3) 用人单位违反规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照《劳动合同法》规定的经济补偿标准的 2 倍向劳动者支付赔偿金，支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。

用人单位应当在解除或者终止劳动合同时向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位有未依照规定向劳动者支付经济补偿的，由劳动行政部门责令限期支付经济补偿；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准向劳动者加付赔偿金。

综合来说，在解除或终止劳动合同时，首先判断用人单位是否应当支付经济补偿。如果解除或终止合法，且符合应当支付经济补偿情形，用人单位在解除或终止合同的同时没有支付的，则可以责令其支付；如果仍不支付，可以责令用人单位按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准向劳动者加付赔偿金。属于用人单位违法解除或终止劳动合同的情形的，劳动者要求

继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照《劳动合同法》规定的经济补偿标准的 2 倍向劳动者支付赔偿金，支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。

（4）劳动合同解除或终止的，用人单位应出具解除或者终止劳动合同的证明，证明应当写明劳动合同期限、解除或终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限，并在 15 日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。用人单位未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。国家采取措施，建立健全劳动者社会保险关系跨地区转移接续制度。

用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存 2 年备查。

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

四、劳动合同解除和终止的经济补偿

（一）经济补偿的概念及与违约金、赔偿金的区别

劳动合同中的经济补偿是指按照《劳动合同法》的规定，在劳动者无过错的情况下，用人单位与劳动者解除或终止劳动合同而依法应给予劳动者的经济上的补助，又称经济补偿金。经济补偿金与违约金、赔偿金不同，其区别表现在以下几个方面。

（1）适用条件不同。经济补偿金是法定的，其主要针对劳动关系的解除和终止，如果劳动者无过错，用人单位则应给予劳动者一定的经济补偿。违约金则是约定的，是劳动者违反了服务期和竞业禁止的规定，根据劳动合同的约定而向用人单位支付的违约补偿。值得注意的是，《劳动合同法》禁止用人单位对劳动合同服务期和竞业禁止之外的其他事项约定劳动者承担违约金责任。至于赔偿金，则指用人单位和劳动者由于自己的过错给对方造成损害时所应承担的不利的法律后果。对于劳动者来说，并不是只对违反服务期和竞业禁止这两个事项承担违约责任，实际上，劳动者违反其他事项有关规定的，也需承担赔偿金的法律责任（有关赔偿金的法律规定，具体参见单元七关于违反劳动合同法的法律责任的具体规定）。

（2）性质不同。经济补偿金不以过错为条件，没有惩罚性；而违约金和赔偿金均以过错为构成要件，具有惩罚性和赔偿性。

（3）支付主体不同。经济补偿金的支付主体只能是用人单位，而违约金的支付只能是劳动者，赔偿金的支付主体可能是用人单位，也可能是劳动者。

（二）用人单位应当向劳动者支付经济补偿的情形

在下列情形下，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

（1）由用人单位提出解除劳动合同并与劳动者协商一致而解除劳动合同的。

（2）劳动者符合随时通知解除和无需事先通知即可解除劳动合同规定情形而解除劳动合同的。

（3）用人单位符合提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同规定情形而解除劳动合同的。

（4）用人单位符合可裁减人员规定而解除劳动合同的。

（5）除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情

形外,劳动合同期满终止固定期限劳动合同的。

(6) 以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的。

(7) 用人单位被依法宣告破产终止劳动合同的。

(8) 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散而终止劳动合同的。

(9) 法律、行政法规规定解除或终止劳动合同应当向劳动者支付经济补偿的其他情形。

【例 8-19】 王某是某公司职工,2008 年 3 月与公司签订了为期 5 年的劳动合同,2013 年 3 月,公司更换了主要负责人,新负责人以王某不适合工作为由,要求与王某解除劳动合同,王某不同意。公司便采取了增加王某劳动强度,减少王某奖金收入等办法予以刁难。王某在不堪忍受的情况下表示,如果公司提出解除劳动合同,他本人可以签字同意,但公司坚持让王某自己先写辞职报告,然后由公司批准。王某不同意这样做,公司许诺,如王某照办,公司可以给予王某解除劳动合同的经济补偿。在被逼无奈的情况下,王某于 2013 年 7 月向公司递交了辞职报告,公司立即批准,但却未给予经济补偿,王某找公司索要,公司拿出王某的辞职报告说,根据《劳动合同法》规定,经济补偿在用人单位提出解除劳动合同时才支付,王某是自动辞职,不享受此待遇。请问:王某可以得到经济补偿吗?

【解析】 本案例的关键是王某能否提供其递交辞职报告的行为是被迫的证据。劳动合同签订后,经协商可以解除。如果是用人单位提出解除劳动合同的,必须依法支付劳动者经济补偿。本案例中,本来是公司希望并促使解除劳动合同,却采取刁难和欺骗手段,诱使劳动者提出辞职,显然是在规避法律规定,从而避免支付经济补偿的责任。如果王某能够提供公司要求他递交辞职报告的证据,从而澄清公司强迫和诱骗自己递交辞职报告的事实,则解除劳动合同的责任应由公司承担,公司应支付经济补偿。

(三) 经济补偿的支付标准

经济补偿,一般根据劳动者在用人单位的工作年限和工资标准来计算具体金额,并以货币形式支付给劳动者。

经济补偿金的计算公式如下:

经济补偿金 = 劳动合同解除或终止前劳动者在本单位的工作年限
× 每工作 1 年应得的经济补偿

或者简写为:经济补偿金 = 工作年限 × 月工资

1. 关于补偿年限的计算标准

(1) 经济补偿按劳动者在本用人单位工作的年限,每满 1 年支付 1 个月工资的标准向劳动者支付。6 个月以上不满 1 年的,按 1 年计算;不满 6 个月的,向劳动者支付半个月工资标准的经济补偿。

(2) 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的,劳动者在原用人单位的工作年限合并计入新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的,新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时,不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。

2. 关于补偿基数的计算标准

(1) 月工资按照劳动者应得工资计算,包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。

(2) 劳动者在劳动合同解除或者终止前 12 个月的平均工资低于当地最低工资标准的,按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满 12 个月的,按照实际工作的月数计算平均工资。

(3) 劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资 3 倍的,向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资 3 倍的数额支付,向其支付经济补偿的年限最高不超过 12 年。即:

经济补偿金=工作年限(最高不超过 12 年)×当地上年度职工月平均工资 3 倍

3. 关于补偿年限和基数的特殊计算

《劳动合同法》施行之日已存续的劳动合同,在《劳动合同法》施行后解除或者终止,依照《劳动合同法》规定应当支付经济补偿的,经济补偿年限自《劳动合同法》施行之日起计算;《劳动合同法》施行前按照当时有关规定,用人单位应当向劳动者支付经济补偿的,按照当时有关规定。在此情况下,经济补偿的计发办法分两段计算:2008 年 1 月 1 日前的补偿年限和补偿基数,按当时当地的有关规定执行;2008 年 1 月 1 日以后的补偿年限和补偿基数,按新规定执行,两段补偿合并计算。

具体来说,对于解除劳动合同而需支付经济补偿的情形,《劳动合同法》增加了一条新规定,即用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险的,劳动者有权解除劳动合同,用人单位应支付经济补偿,在此种情形下,经济补偿的计算年限自 2008 年 1 月 1 日起算。而在其他解除劳动合同的情形下,经济补偿的计算年限自双方建立劳动关系时起计算,即应按工作年限计算,只是 2008 年 1 月 1 日前后,补偿基数的计算略有不同:2008 年 1 月 1 日以前,经济补偿按劳动者在本单位工作的年限,每满 1 年支付 1 个月工资的标准向劳动者支付;不满 1 年的,不区分是否满 6 个月,均按 1 年计算,向劳动者支付 1 个月工资的经济补偿;而 2008 年 1 月 1 日后,6 个月以上不满 1 年的,按 1 年计算;不满 6 个月的,向劳动者支付半个月工资标准的经济补偿。

对于劳动合同终止需支付经济补偿的情形,《劳动合同法》新规定劳动合同期满后,若用人单位不同意按照维持或高于原劳动合同约定条件,与劳动者续订劳动合同的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿,即以 2008 年 1 月 1 日为分界点,对于 2008 年 1 月 1 日后,因劳动合同终止需要支付经济补偿的,经济补偿的计算年限应自 2008 年 1 月 1 日开始计算;2008 年 1 月 1 日之前的工作年限,不属于经济补偿的计算范畴。

【例 8-20】 小王于 2000 年 7 月 1 日入职某公司,劳动合同一年一签,2007 年 7 月 1 日,公司与小王又签订了 1 年期限的劳动合同,2008 年 6 月 30 日,劳动合同期满,公司决定不再续订劳动合同。请问:公司应如何支付经济补偿。

【解析】 固定期限劳动合同终止需支付经济补偿是《劳动合同法》的最新规定,根据法不溯及既往原则,2008 年 1 月 1 日之前的工作年限不适用该规定。因此,小王 2000 年 7 月 1 日至 2007 年 12 月 31 日之间的工作年限用人单位不予支付经济补偿。小王的劳动合同于 2008 年 6 月 30 日期满终止,年限正好 6 个月,因此根据《劳动合同法》的规定,用人单位需支付 1 个月工资标准的经济补偿。

【例 8-21】 小张于 2000 年 7 月 1 日入职某公司,2008 年 5 月 30 日公司与其协商解除劳动合同。请问:公司该如何支付经济补偿?

【解析】 公司解除劳动合同的,按照新旧规定都应当支付经济补偿。小张从 2000 年 7 月 1 日至 2008 年 5 月 30 日在该单位工作,年限为 7 年 11 个月,公司应当支付的经济补偿为 8 个月×月工资(劳动合同解除前 12 个月的月平均工资)。

单元六 劳动争议的解决

一、劳动争议及解决方法

（一）劳动争议的概念及范围

劳动争议是指对劳动者与用人单位因订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同发生的争议。

劳动争议的范围主要指中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议。

- （1）因确认劳动关系发生的争议。
- （2）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议。
- （3）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议。
- （4）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议。
- （5）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议。
- （6）法律、法规规定的其他劳动争议。

解决劳动争议的法律依据主要是《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称《劳动争议调解仲裁法》）和《劳动人事争议仲裁办案规则》。

（二）劳动争议的解决原则和方法

解决劳动争议，应当根据事实，遵循合法、公正、及时、着重调解的原则，依法保护当事人的合法权益。

1. 举证责任

发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

2. 劳动争议的解决方法

用人单位与劳动者发生劳动争议，劳动者可以与用人单位协商，也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商，达成和解协议；当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，可以依法向人民法院提起诉讼或者申请撤销仲裁裁决。

二、劳动调解

（一）劳动争议调解组织

根据有关法律、法规，目前可受理劳动争议的调解组织有：①企业劳动争议调解委员会；②依法设立的基层人民调解组织；③在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

国家鼓励企业尤其是大型企业尽量设立调解委员会，以缓和劳资矛盾。

（二）调解员

对于设有劳动争议调解委员会的企业，其调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

劳动争议调解组织的调解员应当由公道正派、联系群众、热心调解工作，并具有一定法律知识、政策水平和文化水平的成年公民担任。

（三）劳动调解程序

当事人申请劳动争议调解可以书面申请，也可以口头申请。口头申请的，调解组织应当当场记录申请人基本情况、申请调解的争议事项、理由和时间。

调解劳动争议，应当充分听取双方当事人对事实和理由的陈述，耐心疏导，帮助其达成协议。

经调解达成协议的，应当制作调解协议书。调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人都具有约束力，当事人应当履行。达成调解协议后，一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的，另一方当事人可以依法申请仲裁。因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

自劳动争议调解组织收到调解申请之日起 15 日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。

三、劳动仲裁

劳动仲裁是指由劳动争议仲裁委员会对当事人申请仲裁的劳动争议居中公断与裁决。在我国，劳动仲裁是劳动争议当事人向人民法院提起诉讼的必经程序。劳动争议仲裁不收费。劳动争议仲裁委员会的经费由财政予以保障。

需要注意的是，劳动仲裁与本教材模块一所讲的仲裁在适用范围和法律依据上均不同。劳动仲裁的法律依据是 2007 年 12 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议通过，自 2008 年 5 月 1 日起施行的《劳动争议调解仲裁法》，以及 2008 年 12 月 17 日人力资源和社会保障部第 15 次部务会议通过，自 2009 年 1 月 1 日起施行的《劳动人事争议仲裁办案规则》。而模块一所讲的仲裁，其法律依据是 1994 年 8 月 31 日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过，自 1995 年 9 月 1 日起施行的《仲裁法》。

（一）劳动仲裁参加人、劳动仲裁机构和劳动仲裁管辖

1. 劳动仲裁参加人

（1）发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。

劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

劳动者与个人承包经营者发生争议，依法向仲裁委员会申请仲裁的，应当将发包的组织和个人承包经营者作为当事人。

发生争议的用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销以及用人单位决定提前解散、歇业,不能承担相关责任的,依法将其出资人、开办单位或主管部门作为共同当事人。

因履行集体合同发生的劳动争议,经协商解决不成的,工会可以依法申请仲裁;尚未建立工会的,由上级工会指导劳动者推举产生的代表依法申请仲裁。

发生争议的劳动者一方在 10 人以上,并有共同请求的,劳动者可以推举 3~5 名代表人参加仲裁活动。代表人参加仲裁的行为对其所代表的当事人发生效力,但代表人变更、放弃仲裁请求或者承认对方当事人的仲裁请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。

(2) 代理人。当事人可以委托代理人参加仲裁活动。委托他人参加仲裁活动,应当向劳动争议仲裁委员会提交有委托人签名或者盖章的委托书,委托书应当载明委托事项和权限。

丧失或者部分丧失民事行为能力的劳动者,由其法定代理人代为参加仲裁活动;无法定代理人的,由劳动争议仲裁委员会为其指定代理人。劳动者死亡的,由其近亲属或者代理人参加仲裁活动。

(3) 第三人。与劳动争议案件的处理结果有利害关系的第三人,可以申请参加仲裁活动或者由劳动争议仲裁委员会通知其参加仲裁活动。

2. 劳动仲裁机构

劳动仲裁机构是劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会按照统筹规划、合理布局和适应实际需要的原则设立。省、自治区人民政府可以决定在市、县设立;直辖市人民政府可以决定在区、县设立。直辖市、设区的市也可以设立一个或者若干个劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立。

劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。

劳动争议仲裁委员会应当设仲裁员名册。仲裁员应当公道、正派并符合下列条件之一:

①曾任审判员的;②从事法律研究、教学工作并具有中级以上职称的;③具有法律知识、从事人力资源管理或者工会等专业工作满 5 年的;④律师执业满 3 年的。

3. 劳动仲裁管辖

劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的,由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。

劳动合同履行地为劳动者实际工作场所地,用人单位所在地为用人单位注册、登记地。用人单位未经注册、登记的,其出资人、开办单位或主管部门所在地为用人单位所在地。

案件受理后,劳动合同履行地和用人单位所在地发生变化的,不改变争议仲裁的管辖。

(二) 申请和受理

1. 申请时效

(1) 劳动争议申请仲裁的时效期间为 1 年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的,劳动者申请仲裁不受 1 年仲裁时效期间的限制。但是,劳动关系终止的,应当自劳动关系终止之日起 1 年内提出。

(2) 时效的中断。劳动仲裁时效,因当事人一方向对方当事人主张权利,或者向有关部门请求权利救济,或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起,仲裁时效期间重新计算。

(3) 时效的中止。因不可抗力或者其他正当理由,当事人不能在仲裁时效期间申请仲

裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

2. 仲裁申请

申请人申请仲裁应当提交书面仲裁申请，并按照被申请人人数提交副本。

仲裁申请书应当载明下列事项。

(1) 劳动者的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所，用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务。

(2) 仲裁请求和所根据的事实、理由。

(3) 证据和证据来源、证人姓名和住所。

书写仲裁申请确有困难的，可以口头申请，由劳动争议仲裁委员会记入笔录，并告知对方当事人。

3. 仲裁受理

劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起 5 日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由。

对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在 5 日内将仲裁申请书副本送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在 10 日内向劳动争议仲裁委员会提交答辩书。劳动争议仲裁委员会收到答辩书后，应当在 5 日内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

(三) 开庭和裁决

1. 基本制度

(1) 公开仲裁制。劳动争议仲裁公开进行，但当事人协议不公开进行或者涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的除外。

(2) 仲裁庭制。劳动争议仲裁委员会裁决劳动争议案件实行仲裁庭制。仲裁庭由 3 名仲裁员组成，设首席仲裁员。简单劳动争议案件可以由 1 名仲裁员独任仲裁。

(3) 回避制。仲裁员有下列情形之一的，应当回避，当事人也有权以口头或者书面方式提出回避申请：①是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属的；②与本案有利害关系的；③与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正裁决的；④私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人请客送礼的。

劳动争议仲裁委员会对回避申请应当及时作出决定，并以口头或者书面方式通知当事人。

仲裁员私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人请客送礼的，或者有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的，应当依法承担法律责任。劳动争议仲裁委员会应当将其解聘。

2. 开庭程序

(1) 开庭通知和延期申请。劳动争议仲裁委员会应当在受理仲裁申请之日起 5 日内将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

仲裁庭应当在开庭 5 日前，将开庭日期、地点书面通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在开庭 3 日前请求延期开庭。是否延期，由劳动争议仲裁委员会决定。

申请人收到书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人收到书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭

的,可以缺席裁决。

(2) 开庭审理。开庭审理时,仲裁员应当听取申请人的陈述和被申请人的答辩,主持庭审调查、质证和辩论、征询当事人最后意见,并进行调解。

① 当事人提供的证据经查证属实的,仲裁庭应当将其作为认定事实的根据。

若劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据,仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期限内不提供的,应当承担不利后果。

② 仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的,可以交由当事人约定的鉴定机构鉴定;当事人没有约定或者无法达成约定的,由仲裁庭指定的鉴定机构鉴定。根据当事人的请求或者仲裁庭的要求,鉴定机构应当派鉴定人参加开庭。当事人经仲裁庭许可,可以向鉴定人提问。

③ 当事人在仲裁过程中有权进行质证和辩论。质证和辩论终结时,首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见。

④ 仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。当事人和其他仲裁参加人认为对自己陈述的记录有遗漏或者差错的,有权申请补正。如果不予补正,应当记录该申请。笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参加人签名或者盖章。

3. 裁决

(1) 和解。当事人申请劳动争议仲裁后,可以自行和解。达成和解协议的,可以撤回仲裁申请。

(2) 调解。仲裁庭在作出裁决前,应当先行调解。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书。调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名,加盖劳动争议仲裁委员会印章,送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后,发生法律效力。

调解不成或者调解书送达前,一方当事人反悔的,仲裁庭应当及时作出裁决。

(3) 审限(审理期限)。仲裁庭裁决劳动争议案件,应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起45日内结束。案情复杂需要延期的,经劳动争议仲裁委员会主任批准,可以延期并书面通知当事人,但是延长期限不得超过15日。逾期未作出仲裁裁决的,当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁庭裁决劳动争议案件时,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行裁决。

(4) 仲裁裁决。裁决应当按照多数仲裁员的意见作出,少数仲裁员的不同意见应当记入笔录,仲裁庭不能形成多数意见时,裁决应当按照首席仲裁员的意见作出,裁决书应当载明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果和裁决日期。裁决书由仲裁员签名,加盖劳动争议仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员,可以签名,也可以不签名。

下列劳动争议,除法律另有规定的外,仲裁裁决为终局裁决,裁决书自作出之日起发生法律效力:①追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金,不超过当地月最低工资标准12个月金额的争议;②因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

用人单位有证据证明上述仲裁裁决有下列情形之一的,可以自收到仲裁裁决书之日起30日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:①适用法律、法规确有错误的;②劳动争议仲裁委员会无管辖权的;③违反法定程序的;④裁决所根据的证据是伪造的;⑤对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;⑥仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有上述规定情形之一的，应当裁定撤销。

当事人对上述终局裁决情形之外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

（四）执行

仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行。移送人民法院执行，劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。

仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：①当事人之间权利义务关系明确；②不先予执行将严重影响申请人的生活。

当事人对发生法律效力的调解书、裁决书，应当依照规定的期限履行。一方当事人逾期不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受理申请的人民法院应当依法执行。

四、劳动诉讼

（一）劳动诉讼申请范围

对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

劳动者对劳动争议的终局裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。

当事人对终局裁决情形之外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内提起诉讼。

终局仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起15日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

（二）劳动诉讼程序

劳动诉讼依照民事诉讼法的规定执行。

单元七 违反《劳动合同法》的法律责任

一、用人单位违反《劳动合同法》的法律责任

（一）用人单位规章制度违法的法律责任

用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

（二）用人单位订立劳动合同违法的法律责任

（1）用人单位提供的劳动合同文本未载明劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔

偿责任。

(2) 用人单位自用工之日起超过 1 个月不满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付 2 倍的工资。

(3) 用人单位违反规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付 2 倍的工资。

(4) 劳动合同依法律规定被确认无效,给劳动者造成损害的,用人单位应当承担赔偿责任。

(5) 用人单位违反法律规定与劳动者约定试用期的,由劳动行政部门责令改正;违反约定的试用期已经履行的,由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准,按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

(6) 用人单位违反法律规定,扣押劳动者居民身份证等证件的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并依照有关法律规定给予处罚。

(7) 用人单位违反规定,以担保或者其他名义向劳动者收取财物的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并以每人 500 元以上 2000 元以下的标准处以罚款;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

(三) 用人单位履行劳动合同违法的法律责任

(1) 用人单位有下列情形之一的,由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿;劳动报酬低于当地最低工资标准的,应当支付其差额部分;逾期不支付的,责令用人单位按应付金额 50%以上 100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。

- ① 未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的;
- ② 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的;
- ③ 安排加班不支付加班费的;
- ④ 解除或者终止劳动合同,未依照法律规定向劳动者支付经济补偿的。

(2) 用人单位有下列情形之一的,依法给予行政处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任;给劳动者造成以下损害的,应当承担赔偿责任。

- ① 以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的;
- ② 违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的;
- ③ 侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的;
- ④ 劳动条件恶劣、环境污染严重,给劳动者身心健康造成严重损害的。

(四) 用人单位违法解除和终止劳动合同的法律责任

(1) 用人单位违反《劳动合同法》规定解除或者终止劳动合同的,应当依照《劳动合同法》规定的经济补偿标准的 2 倍向劳动者支付赔偿金。

(2) 用人单位违反《劳动合同法》规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明,由劳动行政部门责令改正;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

(3) 劳动者依法解除或者终止劳动合同,用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并以每人 500 元以上 2 000 元以下的标准处以罚款;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

（五）其他法律责任

用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照《劳动合同法》的有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

个人承包经营违反《劳动合同法》规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

二、劳动者违反《劳动合同法》的法律责任

（1）劳动合同被确认无效，给用人单位造成损失的，有过错的劳动者应当承担赔偿责任。

（2）劳动者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，劳动者应当按照劳动合同的约定，向用人单位支付违约金。给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

（3）劳动者违反《劳动合同法》的规定解除劳动合同，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

（4）劳动者违反培训协议，未满服务期解除或者终止劳动合同的，或者因劳动者严重违纪，用人单位与劳动者解除约定服务期的劳动合同的，劳动者应当按照劳动合同的约定向用人单位支付违约金。



一、单项选择题

1. 方某工作已满 15 年，2013 年上半年在甲公司已休带薪年假（以下简称“年休假”）5 日；下半年调到乙公司工作，提出补休年休假的申请。乙对方某补休年休假申请符合法律规定的答复是（ ）。

- A. 不可以补休年休假
B. 可补休 5 日年休假
C. 可补休 10 日年休假
D. 可补休 15 日年休假

2. 工人李某在加工一批零件时因疏忽致使所加工产品全部报废，给工厂造成经济损失 6 000 元。工厂要求李某赔偿经济损失，从其每月工资中扣除，已知李某每月工资收入 1 100 元，当地月最低工资标准 900 元。该工厂可从李某每月工资中扣除的最高限额为（ ）。

- A. 500 元
B. 220 元
C. 200 元
D. 110 元

3. 孙某与甲公司签订了为期 3 年的劳动合同，月工资 1 200 元（当地最低月工资标准为 800 元）。期满终止合同时，甲公司未向孙某提出以不低于原工资标准续订劳动合同意向，甲公司应向孙某支付的经济补偿金额为（ ）。

- A. 800 元
B. 1 200 元
C. 2 400 元
D. 3 600 元

4. 2013 年 3 月 1 日，甲公司与韩某签订劳动合同，约定合同期限 1 年，试用期 1 个月，每月 15 日发放工资。韩某 3 月 10 日上岗工作。甲公司与韩某建立劳动关系的起始时间是（ ）。

- A. 2013 年 3 月 1 日
B. 2013 年 3 月 10 日
C. 2013 年 3 月 15 日
D. 2013 年 4 月 10 日

5. 根据劳动合同法律制度的规定, 下列情形中, 用人单位与劳动者可以不签订书面劳动合同的是 ()。

- A. 试用期用工
- B. 非全日制用工
- C. 固定期限用工
- D. 无固定期限用工

6. 周某于 2012 年 4 月 11 日进入甲公司就职, 经周某要求, 公司于 2013 年 4 月 11 日才与其签订劳动合同。已知周某每月工资 2 000 元, 已按时足额领取。甲公司应向周某支付工资补偿的金额是 ()。

- A. 0 元
- B. 2 000 元
- C. 22 000 元
- D. 24 000 元

7. 《劳动合同法》规定, 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的 ()。

- A. 70%
- B. 75%
- C. 80%
- D. 85%

8. 某企业实行标准工时制。2013 年 3 月, 为完成一批订单, 企业安排全体职工每工作日延长工作时间 2 小时, 关于企业向职工支付加班工资的下列计算标准中, 正确的是 ()。

- A. 不低于职工本人小时工资标准的 100%
- B. 不低于职工本人小时工资标准的 150%
- C. 不低于职工本人小时工资标准的 200%
- D. 不低于职工本人小时工资标准的 300%

9. 韩某在甲公司已工作 10 年, 经甲公司与其协商同意解除劳动合同。已知韩某在劳动合同解除前 12 个月平均工资为 7 000 元, 当地人民政府公布的本地区上年度职工平均工资为 2 000 元。甲公司应向韩某支付的经济补偿金额是 ()。

- A. 20 000 元
- B. 24 000 元
- C. 60 000 元
- D. 70 000 元

10. 2013 年 1 月 10 日, 张某应聘到某餐厅工作; 2013 年 3 月 10 日, 张某与某餐厅订立了劳动合同; 2013 年 5 月 10 日, 张某在餐厅老板胁迫下修改了劳动合同, 减少了一些劳动者权利; 2013 年 7 月 10 日, 有关部门裁定张某与餐厅修改后的劳动合同无效。修改后的劳动合同没有法律约束力的起算时间是 ()。

- A. 2013 年 1 月 10 日
- B. 2013 年 3 月 10 日
- C. 2013 年 5 月 10 日
- D. 2013 年 7 月 10 日

二、多项选择题

1. 张某 2012 年 8 月进入甲公司工作, 公司按月支付工资, 至年底公司尚未与张某签订劳动合同, 关于公司与张某之间劳动关系的下列表述中, 正确的有 ()。

- A. 公司与张某之间可视为不存在劳动关系
- B. 公司与张某之间可视为已订立无固定期限劳动合同
- C. 公司应与张某补订劳动合同, 并支付工资补偿
- D. 张某可与公司终止劳动关系, 公司应支付经济补偿

2. 下列各项中, 属于劳动合同订立原则的有 ()。

- A. 公平原则
- B. 平等自愿原则
- C. 协商一致原则
- D. 诚实信用原则

3. 根据劳动合同法律制度的规定, 下列各项中, 除劳动者提出订立固定期限劳动合同外, 用人单位与劳动者应当订立无固定期限劳动合同的情形有 ()。

- A. 劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的

- B. 连续订立 2 次固定期限劳动合同, 继续续订的
- C. 国有企业改制重新订立劳动合同, 劳动者在该用人单位连续工作满 5 年且距法定退休年龄不足 15 年的
- D. 用人单位初次实行劳动合同制度, 劳动者在该用人单位连续工作满 10 年且距法定退休年龄不足 10 年的
4. 根据劳动合同法法律制度的规定, 下列劳动争议中, 劳动者可以向劳动仲裁部门申请劳动仲裁的有 ()。
- A. 确认劳动关系争议 B. 工伤医疗费争议
- C. 劳动保护条件争议 D. 社会保险争议
5. 根据劳动合同法法律制度的规定, 下列各项中, 可导致劳动合同终止的情形有 ()。
- A. 劳动合同期满 B. 用人单位决定提前解散
- C. 用人单位被依法宣告破产 D. 劳动者达到法定退休年龄
6. 王某自大学毕业后, 实际工作年限为 13 年, 在甲公司的工作年限为 3 年, 2009 年 4 月 1 日, 王某因患病开始在家中休息。根据《劳动合同法》的规定, 下列表述中, 正确的有 ()。
- A. 王某享有的医疗期期间为 6 个月
- B. 自 2009 年 4 月 1 日至 2010 年 3 月 31 日, 如果王某累计病休 6 个月, 则医疗期满
- C. 在计算王某累计病休的时间时, 病休期间的公休、假日和法定节日不包括在内
- D. 医疗期内遇合同期满, 则合同必须续延至医疗期满, 职工在此期间仍然享受医疗期内待遇
7. 下列情形中, 用人单位在试用期内可以解除劳动合同的有 ()。
- A. 在试用期间被证明不符合录用条件
- B. 被依法追究刑事责任
- C. 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系, 对完成本单位的工作任务造成严重影响
- D. 劳动者不能胜任工作, 经过培训或者调整工作岗位, 可以胜任工作
8. 下列情形中, 用人单位应当向劳动者每月支付 2 倍工资的有 ()。
- A. 用人单位提供的劳动合同文本未载明劳动合同必备条款, 给劳动者造成损害的
- B. 用人单位自用工之日起超过 1 个月不满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的
- C. 用人单位违反规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的
- D. 劳动合同依法律规定被确认无效, 给劳动者造成损害的
9. 下列纠纷适用《劳动合同法》的有 ()。
- A. 用人单位与劳动者因确认劳动关系发生的争议
- B. 用人单位与劳动者因社会保险而发生的争议
- C. 用人单位与劳动者因加班费而发生的争议
- D. 劳动者与用人单位进行交易而发生的争议
10. 下列情形中, 属于劳动争议适用范围的有 ()。
- A. 张某自动离职一年后, 回原单位要求复职被拒绝
- B. 王某要求公司增加股权分配
- C. 李某向银行提出以承包的小卖部抵押贷款被拒绝
- D. 刘某因工伤致残后, 要求企业增加赔偿金数额被拒绝

三、判断题

1. 用人单位招用劳动者,不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件,不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。()
2. 同人用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。()
3. 用人单位自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为用人单位自用工之日起满1年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同。()
4. 境内企业、民办非企业单位、国家机关、事业单位与劳动者建立劳动关系,适用《劳动合同法》;但是会计师事务所等合伙组织和基金会与劳动者建立劳动关系,不适用《劳动合同法》。()
5. 劳动合同依法订立后,须经劳动部门备案后生效。()
6. 《劳动合同法》规定,所有劳动合同都必须采用书面形式。()
7. 用人单位自用工之日起超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付2倍的工资。()
8. 无固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者约定无确定订立时间的劳动合同。()
9. 劳动者违反服务期约定,应按照规定向用人单位支付违约金。但用人单位不能提供培训出资的证明,就无权要求劳动者按约定承担违约责任。()
10. 在法定休假日用人单位应当依法向劳动者支付工资,但是婚丧假期间以及依法参加社会活动期间,用人单位可以不支付工资。()

四、综合题

孙某曾应聘在甲公司工作,试用期满后从事技术工作,2年后跳槽至乙企业成为该企业的业务骨干。甲公司为实施新的公司战略,拟聘请孙某担任公司高管。经协商,双方签订了劳动合同,约定:(1)劳动合同期限为2年,试用期为3个月;(2)合同期满或因其他原因离职后,孙某在3年内不得从事与甲公司同类的业务工作,公司在孙某离职时一次性支付补偿金10万元。

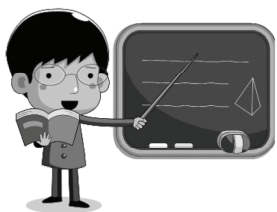
在劳动合同期满前1个月时,孙某因病住院。3个月后,孙某痊愈,到公司上班时,公司通知孙某劳动合同已按期终止,病休期间不支付工资,也不再向其支付10万元补偿金。孙某同意公司不支付10万元补偿金,但要求公司延续劳动合同期至病愈,并支付病休期间的病假工资和离职的经济补偿。甲公司拒绝了孙某的要求,孙某随即进入同一行业的丙公司从事与甲公司业务相竞争的工作。甲公司认为孙某违反了双方在劳动合同中的竞业限制约定,应承担违约责任。

已知:孙某实际工作年限12年。

要求:根据上述资料,分析回答下列第1~4小题。

1. 对甲公司与孙某约定的劳动合同条款所作的下列判断中,正确的是()。
 - A. 甲公司与孙某不应约定试用期
 - B. 甲公司与孙某约定的试用期超过法定最长期限
 - C. 甲公司与孙某可以约定离职后不得从事同类行业
 - D. 甲公司与孙某约定离职后不得从事同类行业的时间超过法定最长期限
2. 孙某可以享受的法定医疗期是()。
 - A. 1个月
 - B. 3个月
 - C. 6个月
 - D. 12个月
3. 对劳动合同终止及孙某病休期间工资待遇的下列判断中,正确的是()。

- A. 孙某与公司约定的劳动合同期满时，劳动合同自然终止
 - B. 孙某与公司的劳动合同期限应延续至孙某病愈出院
 - C. 公司只需支付孙某劳动合同期满前 1 个月的病假工资
 - D. 公司应支付孙某 3 个月病休期间的病假工资
4. 对甲公司与孙某各自责任的下列判断中，符合法律规定的是（ ）。
- A. 孙某应遵守竞业限制约定，承担违约责任
 - B. 竞业限制约定已失效，孙某不需要承担违约责任
 - C. 甲公司应支付孙某离职的经济补偿
 - D. 甲公司不需支付孙某离职的经济补偿



模块九

支付结算法律制度



知识目标

掌握汇兑、托收承付、委托收款等结算制度的概念、使用规定，并能比较它们之间的区别；熟悉银行基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户、临时存款账户等的含义及其使用范围；熟悉支付结算的种类及原则、银行卡的种类、收费及使用规定、现金管理条例，并掌握现金使用范围及现金收支规定；了解支付结算的概念。

技能目标

能正确填写各类票据和结算凭证；能按单位实际情况开立和使用各种银行结算账户；能用支付结算的主要工具按规定使用各种结算工具；能识别票据结算中不合规定的情况，正确行使票据权利；能解决职业生涯中的支付结算问题。

态度目标

培养较强的法律意识。



案例导读

甲公司是乙有限责任公司下设的一家领取了营业执照的分公司。甲公司向 A 银行申请开立基本存款账户，A 银行以甲公司不具有法人资格为由拒绝办理。乙有限责任公司在 B 银行已开设了基本存款账户，但为了结算方便又在 C 银行申请开设基本存款账户。丙是乙有限责任公司的一名员工，准备在 D 银行开立个人银行结算账户并将他在证券公司的证券结算资金存入个人银行账户。乙有限责任公司属于经营性的存款人，在与丁某的业务交往中将其结算账户出借给丁某。要求：根据上述情况及人民币银行结算账户管理制度的规定，回答下列问题。

(1) A 银行以甲公司不具有法人资格为由拒绝为甲公司开立基本存款账户的做法是否正确？说明理由。

(2) 乙有限责任公司的基本存款账户的用途有哪些？

(3) 乙有限责任公司能否在 C 银行开立基本存款账户？说明理由。

(4) 丙能否在 D 银行开立个人银行结算账户？

(5) 对乙有限责任公司出借其账户应受到何种处罚？

单元一 支付结算概述

一、支付结算的概念和特征

（一）支付结算的概念

支付结算是指单位、个人在社会经济活动中使用票据、银行卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算方式进行货币给付及其资金清算的行为。银行（包括城乡信用合作社，下同）是支付结算和资金清算的中介机构，未经中国人民银行批准的非银行金融机构和其他单位不得作为中介机构经营支付结算业务。

（二）支付结算的特征

- （1）支付结算必须通过中国人民银行批准的金融机构进行，未经中国人民银行批准的非银行金融机构和其他单位不得作为中介机构经营支付结算业务；
- （2）支付结算是一种要式行为；
- （3）支付结算的发生取决于委托人的意志；
- （4）支付结算实行统一管理和分级管理相结合的管理体制；
- （5）支付结算必须依法进行。

二、支付结算的种类和原则

（一）支付结算的种类

按照《银行卡业务管理办法》、《支付结算办法》和《国内信用证结算办法》的规定，我国现行的支付结算方式有银行汇票、商业汇票、银行本票、支票、银行卡、汇兑、托收承付、委托收款和国内信用证九种。

（二）支付结算的原则

根据相关规定，单位、个人和银行在办理支付结算时必须遵守以下原则。

1. 恪守信用、履约付款

各单位之间、单位与个人之间发生交易往来，通过银行办理结算，根据各自的具体条件，自行协商订约，使收付双方办理款项收付完全建立在自觉自愿、相互信任的基础上。该原则要求结算当事人必须依法承担义务和行使权利，严格遵守信用，履行付款义务，特别是应当按照约定的付款金额和付款日期进行支付。

2. 谁的钱进谁的账、由谁支配

银行在办理结算时，必须尊重开户单位资金支配的自主权，做到谁的钱进谁的账，银行不代扣款项，以维护开户单位的资金所有权或经营权，保证开户单位对其资金的自主支配。

3. 银行不垫款

银行在办理结算过程中，只负责将结算款项从付款单位账户划转到收款单位账户，银行不承担垫付任何款项的责任，以划清银行与开户单位的资金界限，保护银行资金的所有权或

经营权，促使开户单位直接对自己的债权债务负责。

三、办理支付结算的基本要求

1. 按规定开立、使用账户

单位、个人和银行应当按照《人民币银行结算账户管理办法》的规定开立、使用账户。各单位必须依据规定开立银行结算账户，办理支付结算，账户内需有足够的资金保证支付。银行依法为单位、个人在银行开立的存款账户中的存款保密，维护其资金的自主支配权。除国家法律、行政法规另有规定外，银行不得为任何单位或者个人查询账户情况，不得为任何单位或者个人冻结、扣划款项，不得停止单位、个人存款的正常支付。

2. 按统一规定印制的票据和结算凭证办理支付结算

单位、个人和银行办理支付结算，必须使用按中国人民银行统一规定印制的票据和结算凭证。票据和结算凭证是办理支付结算的工具。未使用按中国人民银行统一规定印制的票据，票据无效；未使用中国人民银行统一规定格式的结算凭证，银行不予受理。

3. 规范填写票据和结算凭证

银行、单位和个人填写的各种票据和结算凭证是办理支付结算和现金收付的重要依据，直接关系到支付结算的准确、及时和安全。票据和结算凭证是银行、单位和个人凭以记账的会计凭证，是记载经济业务和明确经济责任的一种书面证明。因此，填写票据和结算凭证，必须做到标准化、规范化。根据《正确填写票据和结算凭证的基本规定》的规定，具体应符合以下基本要求：

(1) 中文大写金额数字应用正楷或行书填写。如应使用壹、贰、叁、肆、伍、陆、柒、捌、玖、拾、佰、仟、万、亿、元、角、分、零、整（正）等字样，不得用一、二（两）、三、四、五、六、七、八、九、十、廿、毛、另（或0）填写，不得自造简化字。如果金额数字书写中使用繁体字，如陸、億、萬、圓，也应受理。

(2) 中文大写金额数字到“元”为止的，在“元”之后，应写“整”（或“正”）字，在“角”之后可以不写“整”（或“正”字）。大写金额数字有“分”的，“分”后面不写“整”（或“正”字）。

(3) 中文大写金额数字前应标明“人民币”字样，大写金额数字应紧接“人民币”字样填写，不得留有空白。大写金额数字前未印“人民币”字样的，应加填“人民币”三个字。在票据和结算凭证大写金额栏内不得预印固定的“仟、佰、拾、万、仟、佰、拾、元、角、分”字样。

(4) 阿拉伯小写金额数字中有“0”时，中文大写应按照汉语语言规律、金额数字构成和防止涂改的要求进行书写。举例如下：

① 阿拉伯数字中间有“0”时，中文大写金额要写“零”字。如¥1 409.50，应写成人民币壹仟肆佰零玖元伍角。

② 阿拉伯数字中间连续有几个“0”时，中文大写金额中间可以只写一个“零”字。如¥6 007.14，应写成人民币陆仟零柒元壹角肆分。

③ 阿拉伯金额数字万位或元位是“0”，或者数字中间连续有几个“0”，万位、元位也是“0”，但千位、角位不是“0”时，中文大写金额中可以只写一个“零”字，也可以不写“零”字。如¥1 680.32，应写成人民币壹仟陆佰捌拾元零叁角贰分，或者写成人民币壹仟陆佰捌拾元叁角贰分；又如¥107 000.53，应写成人民币壹拾万柒仟元零伍角叁分，或者写成人民币壹

拾万零柒仟元伍角叁分。

④ 阿拉伯金额数字角位是“0”，而分位不是“0”时，中文大写金额“元”后面应写“零”字。如¥16 409.02，应写成人民币壹万陆仟肆佰零玖元零贰分；又如¥325.04，应写成人民币叁佰贰拾伍元零肆分。

(5) 阿拉伯小写金额数字前面，均应填写人民币符号“¥”。阿拉伯小写金额数字要认真填写，不得连写，以免分辨不清。

(6) 票据的出票日期必须使用中文大写。为防止变造票据的出票日期，在填写月、日时，月为壹、贰和壹拾的，日为壹至玖和壹拾、贰拾和叁拾的，应在其前加“零”；日为拾壹至拾玖的，应在其前面加“壹”。如2月12日，应写成零贰月壹拾贰日。

(7) 票据出票日期使用小写填写的，银行不予受理。大写日期未按要求规范填写的，银行可不予受理，但由此造成损失的，由出票人自行承担。

4. 票据和结算凭证内容应当准确、完整

填写票据和结算凭证应当做到要素齐全、数字正确、字迹清晰、不错不漏、不潦草，防止涂改。票据和结算凭证金额以中文大写和阿拉伯数字同时记载，两者必须一致，两者不一致的票据无效；两者不一致的结算凭证，银行不予受理。少数民族地区和外国驻华使领馆根据实际需要，金额大写可以使用少数民族文字或者外国文字记载。

5. 票据和结算凭证上的签章和其他记载事项应当真实，不得伪造、变造

所谓“伪造”，是指无权限人假冒他人或虚构人名义签章的行为。所谓“变造”，是指无权更改票据内容的人对票据上签章以外的记载事项加以改变的行为。伪造、变造票据属于欺诈行为，应追究其刑事责任。票据上有伪造、变造的签章的，不影响票据上其他当事人真实签章的效力。

票据和结算凭证上的签章，为签名、盖章或者签名加盖章。单位、银行在票据上的签章和单位在结算凭证上的签章，为该单位、银行的盖章加其法定代表人或其授权的代理人的签名或盖章。个人在票据和结算凭证上的签章，为个人本名的签名或盖章。

【例9-1】某出票人于10月20日签发一张现金支票。根据《支付结算办法》的规定，对该支票“出票日期”中“月”、“日”的下列填法中，符合规定的是()。

- A. 拾月贰拾日
- B. 零拾月零贰拾日
- C. 壹拾月贰拾日
- D. 零壹拾月零贰拾日

【解析】正确答案为D。在填写票据的月、日时，月为壹、贰和壹拾的，日为壹至玖和壹拾、贰拾和叁拾的，应在其前加“零”。

单元二 银行账户管理制度

一、银行结算账户的概念和种类

(一) 银行结算账户的概念

银行结算账户是指存款人在经办银行开立的办理资金收付结算的人民币活期存款账户。其中：存款人是指在中国境内开立银行结算账户的机关、团体、部队、企业、事业单位、其他组织（以下统称“单位”）、个体工商户和自然人；银行是指在中国境内经中国人民银行批准经营支付结算业务的政策性银行、商业银行（含外资独资银行、中外合资银行、外国银行

分行)、城市信用合作社、农村信用合作社。通过银行结算账户可以将资金从一方当事人向另一方当事人转移。单位或个人之间的人民币转账结算离不开银行结算账户。

（二）银行结算账户的种类

（1）银行结算账户按存款人不同分为单位银行结算账户和个人银行结算账户。存款人以单位名称开立的银行结算账户，为单位银行结算账户。其中：单位银行结算账户按用途不同，分为基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户和临时存款账户。

（2）银行结算账户根据开户地的不同，分为本地银行结算账户和异地银行结算账户。个体工商户凭营业执照以字号或经营者姓名开立的银行结算账户，纳入单位银行结算账户管理。存款人凭个人身份证件以自然人名称开立的银行结算账户，为个人银行结算账户。

二、银行结算账户的开立、变更和撤销

（一）银行结算账户的开立

存款人应在注册地或住所地开立银行结算账户。符合异地（跨省、市、县）开户条件的，也可以在异地开立银行结算账户：开立银行结算账户应遵循存款人自主原则。除国家法律、行政法规和国务院规定外，任何单位和个人不得强令存款人到指定银行开立银行结算账户。

存款人申请开立银行结算账户时，应填制开户申请书。单位开立银行结算账户的名称应与其提供的申请开户的证明文件的名称全称一致。有字号的个体工商户开立银行结算账户的名称，应与其营业执照的字号相一致；无字号的个体工商户开立银行结算账户的名称，由“个体户”字样和营业执照记载的经营者姓名组成。自然人开立银行结算账户的名称，应与其提供的有效身份证件中的名称全称一致。

银行应对存款人的开户申请书填写的事项和证明文件的真实性、完整性、合规性进行认真审查。开户申请书填写的事项齐全，符合开立基本存款账户、临时存款账户和预算单位专用存款账户条件的，银行应将存款人的开户申请书、相关的证明文件和银行审核意见等开户资料报送中国人民银行当地分（支）行，经核准后办理开户手续。

（二）银行结算账户的变更

银行结算账户的变更是指存款人的账户信息资料发生的变化或改变。根据账户管理的要求，存款人下列账户资料变更后，应及时向开户银行办理变更手续：①存款人的账户名称；②单位的法定代表人或主要负责人；③地址、邮编、电话等其他开户资料。

存款人更改名称，但不改变开户银行及账号的，应于 5 个工作日内向开户银行提出银行结算账户的变更申请，并出具有关部门的证明文件。

单位的法定代表人或主要负责人、住址以及其他开户资料发生变更时，应于 5 个工作日内书面通知开户银行并提供有关证明。

银行接到存款人的变更通知后，应及时办理变更手续，并于 2 个工作日内向中国人民银行报告。

（三）银行结算账户的撤销

银行结算账户的撤销，是指存款人因开户资格或其他原因终止银行结算账户使用的行为。

存款人撤销银行结算账户，必须与开户银行核对银行结算账户存款余额，交回各种重要空白票据及结算凭证和开户登记证，银行核对无误后方可办理销户手续。

有下列情形之一的，存款人应向开户银行提出撤销银行结算账户的申请：①被撤并、解散、宣告破产或关闭的；②注销、被吊销营业执照的；③因迁址需要变更开户银行的；④其他原因需要撤销银行结算账户的。

存款人有以上第①、②项情形的，应于 5 个工作日内向开户银行提出撤销银行结算账户的申请。存款人因第①、②项情形撤销基本存款账户的，存款人基本存款账户的开户银行应自撤销银行结算账户之日起 2 个工作日内将撤销该基本存款账户的情况书面通知该存款人其他银行结算账户的开户银行；存款人其他银行结算账户的开户银行，应自收到通知之日起 2 个工作日内通知存款人撤销有关银行结算账户；存款人应自收到通知之日起 3 个工作日内办理其他银行结算账户的撤销。存款人尚未清偿其开户银行债务的，不得申请撤销该账户。

银行得知存款人有第①、②项情形的，存款人超过规定期限未主动办理撤销银行结算账户手续的，银行有权停止其银行结算账户的对外支付。

三、基本存款账户

（一）基本存款账户的概念

基本存款账户是指存款人办理日常转账结算和现金收付而开立的银行结算账户，是存款人的主要存款账户。按照《人民币银行结算账户管理办法》（以下简称《银行结算账户管理办法》）的规定，下列存款人，可以申请开立基本存款账户：①企业法人；②非法人企业；③机关、事业单位；④团级（含）以上军队、武警部队及分散执勤的支（分）队；⑤社会团体；⑥民办非企业组织；⑦异地常设机构；⑧外国驻华机构；⑨个体工商户；⑩居民委员会、村民委员会、社区委员会；⑪单位设立的独立核算的附属机构；⑫其他组织。

（二）开立基本存款账户的证明文件

（1）企业法人，应出具企业法人营业执照正本。

（2）非法人企业，应出具企业营业执照正本。

（3）机关和实行预算管理事业单位，应出具政府人事部门或编制委员会的批文或登记证书和财政部门同意其开户的证明；非预算管理的事业单位，应出具政府人事部门或编制委员会的批文或登记证书。

（4）军队、武警团级（含）以上单位以及分散执勤的支（分）队，应出具军队军级以上单位财务部门、武警总队财务部门的开户证明。

（5）社会团体，应出具社会团体登记证书，宗教组织还应出具宗教事务管理部门的批文或证明。

（6）民办非企业组织，应出具民办非企业登记证书。

（7）异地常设机构，应出具其驻在地政府主管部门的批文。

（8）外国驻华机构，应出具国家有关主管部门的批文或证明；外资企业驻华代表处、办事处，应出具国家登记机关颁发的登记证。

（9）个体工商户，应出具个体工商户营业执照正本。

（10）居民委员会、村民委员会、社区委员会，应出具其主管部门的批文或证明。

(11) 独立核算的附属机构, 应出具其主管部门的基本存款账户开户登记证和批文。

(12) 其他组织, 应出具政府主管部门的批文或证明。

上述存款人如果为从事生产、经营活动的纳税人, 还应出具税务部门颁发的税务登记证。

(三) 基本存款账户的使用

基本存款账户是存款人的主要账户。基本存款账户的使用范围包括存款人日常经营活动的资金收付, 以及存款人的工资、奖金和现金的支取。

四、一般存款账户

(一) 一般存款账户的概念

一般存款账户是指存款人因借款或其他结算需要, 在基本存款账户开户银行以外的银行营业机构开立的银行结算账户。

(二) 开立一般存款账户的开户证明文件

存款人申请开立一般存款账户, 应向银行出具其开立基本存款账户规定的证明文件、基本存款账户开户登记证和下列证明文件。

(1) 存款人因向银行借款需要, 应出具借款合同或借款借据;

(2) 存款人因其他结算需要, 应出具有关证明。

(三) 一般存款账户的使用

一般存款账户用于办理存款人借款转存、借款归还和其他结算的资金收付。一般存款账户可以办理现金缴存, 但不得办理现金支取。

【例 9-2】 根据《银行结算账户管理办法》的规定, 下列各项中, 属于一般存款账户使用范围的有 ()。

A. 办理借款转存 B. 办理借款归还 C. 办理现金支取 D. 办理现金缴存

【解析】 正确答案为 ABD。一般存款账户用于办理存款人借款转存、借款归还和其他结算的资金收付。

五、专用存款账户

(一) 专用存款账户的概念

专用存款账户是指存款人按照法律、行政法规和规章, 对其特定用途资金进行专项管理和使用而开立的银行结算账户。

(二) 开立专用存款账户的开户证明文件

存款人申请开立专用存款账户, 应向银行出具其开立基本存款账户规定的证明文件、基本存款账户开户登记证和下列证明文件。

(1) 基本建设资金、更新改造资金、政策性房地产开发资金、住房基金、社会保障基金, 应出具主管部门批文。

- (2) 财政预算外资金, 应出具财政部门的证明。
- (3) 粮、棉、油收购资金, 应出具主管部门批文。
- (4) 单位银行卡备用金, 应按照中国人民银行批准的银行卡章程的规定出具有关证明和资料。
- (5) 证券交易结算资金, 应出具证券公司或证券管理部门的证明。
- (6) 期货交易保证金, 应出具期货公司或期货管理部门的证明。
- (7) 金融机构存放同业资金, 应出具其证明。
- (8) 收入汇缴资金和业务支出资金, 应出具基本存款账户存款人有关的证明。
- (9) 党、团、工会设在单位的组织机构经费, 应出具该单位或有关部门的批文或证明。
- (10) 其他按规定需要专项管理和使用的资金, 应出具有关法规、规章或政府部门的有关文件。

(三) 专用存款账户的适用范围和使用

专用存款账户的适用范围主要包括: 基本建设资金; 更新改造资金; 财政预算外资金; 粮、棉、油收购资金; 证券交易结算资金; 期货交易保证金; 信托基金; 金融机构存放同业资金; 政策性房地产开发资金; 单位银行卡备用金; 住房基金; 社会保障基金; 收入汇缴资金和业务支出资金; 党、团、工会设在单位的组织机构经费; 其他按规定需要专项管理和使用的资金。

专用存款账户的使用有以下具体规定。

(1) 单位银行卡账户的资金必须由其基本存款账户转账存入。该账户不得办理现金收付业务。

(2) 财政预算外资金、证券交易结算资金、期货交易保证金和信托基金专用存款账户, 不得支取现金。

(3) 基本建设资金、更新改造资金、政策性房地产开发资金、金融机构存放同业资金账户需要支取现金的, 应在开户时报中国人民银行当地分支行批准。

(4) 粮、棉、油收购资金、社会保障基金、住房基金和党、团、工会经费等专用存款账户支取现金, 应按照国家现金管理的规定办理。银行应按照国家对粮、棉、油收购资金使用管理的规定加强监督, 不得办理不符合规定的资金收付和现金支取。

(5) 收入汇缴资金和业务支出资金, 是指基本存款账户存款人附属的非独立核算单位或派出机构发生的收入和支出的资金。收入汇缴账户除向其基本存款账户或预算外资金财政专用存款户划缴款项外, 只收不付, 不得支取现金。

(6) 业务支出账户除从其基本存款账户拨入款项外, 只付不收, 其现金支取必须按照国家现金管理的规定办理。

(7) 人民币特殊账户资金不得用于放款或提供担保。

【例 9-3】 根据《银行结算账户管理办法》的规定, 存款人可以申请开立专用存款账户的有 ()。

A. 基本建设资金 B. 财政预算外资金 C. 证券交易结算资金 D. 单位银行卡备用金

【解析】 正确答案为 ABCD。专用存款账户的适用范围主要包括: 基本建设资金; 更新改造资金; 财政预算外资金; 粮、棉、油收购资金; 证券交易结算资金; 期货交易保证金; 信托基金; 金融机构存放同业资金; 政策性房地产开发资金; 单位银行卡备用金; 住房基金;

社会保障基金；收入汇缴资金和业务支出资金；党、团、工会设在单位的组织机构经费；其他按规定需要专项管理和使用的资金。

六、临时存款账户

（一）临时存款账户的概念

临时存款账户是指存款人因临时需要并在规定期限内使用而开立的银行结算账户。

（二）临时存款账户的开户证明文件

（1）临时机构，应出具其驻在地主管部门同意设立临时机构的批文。

（2）异地建筑施工及安装单位，应出具其营业执照正本或其隶属单位的营业执照正本，以及施工及安装地建设主管部门核发的许可证或建筑施工及安装合同。

（3）异地从事临时经营活动的单位，应出具其营业执照正本以及临时经营地工商行政管理部门的批文。

（4）注册验资资金，应出具工商行政管理部门核发的企业名称预先核准通知书或有关部门的批文。

上述第（2）、（3）项还应出具其基本存款账户开户登记证。对于合格境外机构投资者在境内从事证券投资开立的人民币特殊账户和人民币结算资金账户，均纳入专用存款账户管理，其开立人民币特殊账户时，应出具国家外汇管理部门的批复文件；开立人民币结算资金账户时，应出具证券管理部门的证券投资业务许可证。

（三）临时存款账户的使用

临时存款账户用于办理临时机构以及存款人临时经营活动发生的资金收付。临时存款账户适用范围主要包括：设立临时机构，如工程指挥部、筹备领导小组、摄制组等；异地临时经营活动，如建筑施工及安装等；注册验资。临时存款账户应根据有关开户证明文件确定的期限或存款人的需要确定其有效期限，最长不得超过 2 年。临时存款账户支取现金，应按照国家现金管理的规定办理。注册验资的临时存款账户在验资期间只收不付。

七、个人银行结算账户

（一）个人银行结算账户的概念及适用范围

个人银行结算账户是指存款人因投资、消费、结算等需要而凭个人身份证件以自然人名称开立的银行结算账户。邮政储蓄机构办理银行卡业务开立的账户，纳入个人银行结算账户管理。自然人可根据需要申请开立个人银行结算账户，也可以在已开立的储蓄账户中选择并向开户银行申请确认为个人银行结算账户。因为个人银行结算账户用于办理个人转账和现金存取，而储蓄账户仅限于办理现金存取业务，不得办理转账结算。

（二）个人银行结算账户的开户证明文件

存款人申请开立个人银行结算账户，应向银行出具下列证明文件：①中国居民，应出具居民身份证或临时身份证；②中国人民解放军军人，应出具军人身份证件；③中国人民武装

警察,应出具武警身份证件;④中国香港、澳门居民,应出具港澳居民往来内地通行证;中国台湾居民,应出具台湾居民来往内地通行证或者其他有效旅行证件;⑤外国公民,应出具护照;⑥法律、法规和国家有关文件规定的其他有效证件。

银行为个人开立银行结算账户时,根据需要还可要求申请人出具户口簿、驾驶执照、护照等有效证件。

(三) 个人银行结算账户的开户要求和使用

使用支票、信用卡等信用支付工具,办理汇兑、定期借记、定期贷记、借记卡等结算业务的,可以申请开立个人银行结算账户。其中:定期借记是指由收款人定期对付款人的开户银行发起的,委托付款人开户银行按照约定扣划付款人的款项给收款人的资金转账业务;定期贷记是指银行按照付款人的付款凭证,定期将款项划付给收款人的资金转账业务。

根据《银行结算账户管理办法》的规定,下列款项可以转入个人银行结算账户:①工资、奖金收入;②稿费、演出费等劳务收入;③债券、期货、信托等投资的本金和收益;④个人债权或产权转让收益;⑤个人贷款转存;⑥证券交易结算资金和期货交易保证金;⑦继承、赠与款项;⑧保险理赔、保费退还等款项;⑨纳税退还;⑩农、副、矿产品销售收入;⑪其他合法款项。

单位从其银行结算账户支付给个人银行结算账户的款项,每笔超过5万元的,应向其开户银行提供下列付款依据:①代发工资协议和收款人清单;②奖励证明;③新闻出版、演出主办等单位与收款人签订的劳务合同或支付给个人款项的证明;④证券公司、期货公司、信托投资公司、奖券发行或承销部门支付或退还给自然人款项的证明;⑤债权或产权转让协议;⑥借款合同;⑦保险公司的证明;⑧税收征管部门的证明;⑨农、副、矿产品购销合同;⑩其他合法款项的证明。

从单位银行结算账户向个人银行结算账户支付款项,对单笔超过5万元人民币,付款单位在付款用途栏或备注栏注明事由的,可不再另行出具付款依据,但付款单位必须对付款事项的真实性、合法性负责。

从单位银行结算账户支付给个人银行结算账户的款项应纳税的,税收代扣单位付款时应向其开户银行提供完税证明。

当个人持出票人为单位的支票向开户银行委托收款,将款项转入其个人银行结算账户的,或个人持申请人为单位的银行汇票和银行本票向开户银行提示付款,将款项转入其个人银行结算账户的,个人应出具上述第①~⑩项中规定的有关收款依据。

【例 9-4】 根据《银行结算账户管理办法》的有关规定,下列款项中,可以转入个人银行结算账户的有()。

- A. 出版单位支付给个人稿费5万元
- B. 期货公司退还个人交存的交易保证金10万元
- C. 保险公司向个人支付的理赔款15万元
- D. 单位向个人支付的薪酬

【解析】 正确答案为 ABCD。根据《银行结算账户管理办法》的规定,下列款项可以转入个人银行结算账户:①工资、奖金收入;②稿费、演出费等劳务收入;③债券、期货、信托等投资的本金和收益;④个人债权或产权转让收益;⑤个人贷款转存;⑥证券交易结算资金和期货交易保证金;⑦继承、赠与款项;⑧保险理赔、保费退还等款项;⑨纳税退还;⑩农、副、矿产品销售收入;⑪其他合法款项。

八、异地银行结算账户

异地银行结算账户是指存款人符合法定条件，根据需要在异地开立相应的银行结算账户。存款人有下列情形之一的，可根据需要办理异地银行结算账户。

(1) 营业执照注册地与经营地不在同一行政区域（跨省、市、县）需要开立基本存款账户的；

(2) 办理异地借款和其他结算需要开立一般存款账户的；

(3) 存款人因附属的非独立核算单位或派出机构发生的收入汇缴或业务支出需要开立专用存款账户的；

(4) 异地临时经营活动需要开立临时存款账户的；

(5) 自然人根据需要在异地开立个人银行结算账户的。

存款人需要在异地开立单位银行结算账户，除出具开立基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户和临时存款账户规定的有关证明文件外，还应出具下列相应的证明文件：

(1) 经营地与注册地不在同一行政区域的存款人在异地开立基本存款账户的，应出具注册地中国人民银行分支行的未开立基本存款账户的证明；

(2) 异地借款的存款人在异地开立一般存款账户的，应出具在异地取得贷款的借款合同；

(3) 因经营需要在异地办理收入汇缴和业务支出的存款人在异地开立专用存款账户的，应出具隶属单位的证明。

其中，上述第(2)、(3)项还应出具其基本存款账户开户登记证。

存款人需要在异地开立个人银行结算账户的，应出具在住所地开立账户所需的证明文件。

九、银行结算账户的管理

中国人民银行是银行结算账户的监督管理部门，负责监督、检查银行结算账户的开立、使用、变更和撤销，按照有关规定对存款人、银行违反银行结算账户管理规定的行为予以处罚；负责对银行结算账户的开立、使用、变更和撤销实施监控和管理；负责基本存款账户、临时存款账户和预算单位专用存款账户开户登记证的管理。

银行应明确专人负责银行结算账户的开立、使用和撤销的审查和管理，负责对存款人开户申请资料的审查，并按照规定及时向人民银行报送存款人开销户信息资料；建立健全开销户登记制度，建立银行结算账户管理档案，按会计档案进行管理。

银行应对已开立的单位银行结算账户实行年检制度，检查开立的银行结算账户的合规性，核实开户资料的真实性；对不符合规定开立的单位银行结算账户，应予以撤销。银行应按规定与存款人核对账务。

存款人应加强对预留银行签章的管理。单位遗失预留公章或财务专用章的，应向开户银行出具书面申请、开户登记证、营业执照等相关证明文件；更换预留公章或财务专用章时，应向开户银行出具书面申请、原预留签章的式样等相关证明文件。个人遗失或更换预留个人印章或更换签字人时，应向开户银行出具经签名确认的书面申请，以及原预留印章或签字人的个人身份证件。银行应留存相应的复印件，并凭以办理预留银行签章的变更。

银行结算账户的存款人收到对账单或对账信息后，应及时核对账务并在规定期限内向银行发出对账回单或确认信息。

存款人开立、撤销银行结算账户，不得违反《银行结算账户管理办法》规定开立银行结

算账户,不得伪造、变造证明文件欺骗银行开立银行结算账户,不得违反《银行结算账户管理办法》规定不及时撤销银行结算账户。

存款人使用银行结算账户,不得违反《银行结算账户管理办法》规定将单位款项转入个人银行结算账户,不得违反《银行结算账户管理办法》规定支取现金,不得利用开立银行结算账户逃废银行债务,不得出租、出借银行结算账户,不得从基本存款账户之外的银行结算账户转账存入、将销货收入或现金存入单位信用卡账户。

【例 9-5】 某年 9 月 10 日,甲企业的财务人员持有关证件到 A 银行的营业部办理基本存款账户的开立手续,A 银行的工作人员审查其开户的证明文件,并留存了相关证件的复印件,为其办理了基本存款账户的开户手续。同日,该财务人员持以上证件和 B 银行的贷款合同到 B 银行开立了一个一般存款账户。9 月 11 日甲企业的财务人员到 A 银行办理支票的转账手续,A 银行的工作人员当日办理。9 月 12 日 A 银行的工作人员携带甲企业的基本存款账户的开户资料向当地人民银行报送,申请核准。10 月 3 日甲企业通过 B 银行的一般存款账户发放了职工工资 40 万元,并支取现金 2 万元。要求根据上述材料回答下列问题。

(1) A 银行 9 月 11 日为甲企业办理支票的转账手续的做法是否符合法律规定?说明理由。

(2) B 银行于 9 月 10 日为甲企业开立一般存款账户的做法是否符合法律规定?说明理由。

(3) 甲企业通过 B 银行的一般存款账户发放工资支取现金的做法是否符合规定?说明理由。

【解析】 (1) 存款人开立银行结算账户,从开立之日起 3 个工作日之后才可以使用该账户办理业务,本案例中在未正式开立的情况下,A 银行就为其办理了转账业务,A 银行的做法不符合法律规定。

(2) 根据有关规定,存款人申请开立一般存款账户,应当向银行出具开立基本存款账户的证明文件,基本存款账户开户登记证明及相关证明,本案例中甲企业在未取得基本存款账户开户证明的情况下,B 银行就为其开立了一般存款账户,B 银行的做法不符合规定。

(3) 甲企业的做法不符合规定。法律规定,存款人的奖金、工资和现金的支取应当通过基本存款账户来办理,所以甲企业的做法不符合法律的规定。

单元三 非票据结算方式

一、银行卡制度

(一) 银行卡的概念和种类

银行卡是指由商业银行(含邮政金融机构,下同)向社会发行的具有消费信用、转账结算、存取现金等全部或部分功能的信用支付工具。

银行卡的种类,依据不同的划分标准可有不同的种类:如按币种的不同分为人民币卡、外币卡;按发行对象不同分为单位卡(商务卡)、个人卡;依信息载体不同分为磁条卡、芯片(IC)卡;而从发卡银行是否给予持卡人信用额度来分,可分为信用卡和借记卡。下面对信用卡和借记卡进行简单介绍。

1. 信用卡

信用卡是指发卡银行给予持卡人一定的信用额度,持卡人可在信用额度内先消费后还款,或者先按发卡银行的要求交存一定金额的备用金,当备用金不足支付时可在发卡银行规定的

信用额度内透支的银行卡。

信用卡按是否向发卡银行交存备用金分为贷记卡、准贷记卡两类。贷记卡是指发卡银行给予持卡人一定的信用额度，持卡人可在信用额度内先消费、后还款的信用卡。准贷记卡是指持卡人须先按发卡银行要求交存一定金额的备用金，当备用金账户余额不足支付时，可在发卡银行规定的信用额度内透支的信用卡。

2. 借记卡

借记卡是指持卡人先将款项存入卡内账户，然后进行消费的银行卡，不具备透支功能。

借记卡按功能不同分为转账卡（含储蓄卡，下同）、专用卡、储值卡。转账卡是实时扣账的借记卡，具有转账结算、存取现金和消费功能；专用卡是具有专门用途（特指在百货、餐饮、饭店、娱乐行业以外的用途）在特定区域使用的借记卡，具有转账结算、存取现金功能；储值卡是发卡银行根据持卡人要求将其资金转至卡内储存，交易时直接从卡内扣款的预付钱包式借记卡。

（二）银行卡的计息和收费标准

1. 银行卡的计息标准

银行卡的计息包括计收利息和计付利息。根据银行卡的种类不同，计息标准不尽相同：

（1）发卡银行对准贷记卡及借记卡账户内的存款，按照中国人民银行规定的同期同档次存款利率及计息办法计付利息。

（2）发卡银行对贷记卡账户的存款、储值卡内的币值不计付利息。

贷记卡持卡人非现金交易享受如下优惠条件。

（1）免息还款期待遇。银行记账日至发卡银行规定的到期还款日之间为免息还款期。免息还款期最长为 60 天。持卡人在到期还款日前偿还所使用的全部银行款项即可享受免息还款期待遇，无须支付非现金交易的利息。

（2）最低还款额待遇。持卡人在最低还款日前偿还所使用全部银行款项有困难的，可按照发卡银行规定的最低还款额还款。贷记卡的首月最低还款额不得低于其当月透支余额的 10%。

但是，贷记卡持卡人选择最低还款额方式或超过发卡银行批准的信用额度用卡时，不再享受免息还款期待遇，应当支付未还款部分自银行记账日起，按规定利率计算的透支利息。贷记卡持卡人支取现金、准贷记卡透支，不享受免息还款期和最低还款额待遇，应当支付现金交易额或透支额自银行记账日起，按规定利率计算的透支利息。透支利率为日利率的 0.05%。

2. 银行卡的收费标准

商业银行办理银行卡收单业务应当按下列标准向客户收取结算手续费。

（1）宾馆、餐饮、娱乐、旅游等行业不得低于交易金额的 2%。

（2）其他行业不得低于交易金额的 1%。

（三）银行卡的使用

根据《银行卡业务管理办法》和《支付结算办法》的有关规定，单位卡和个人卡的使用不尽相同。

1. 单位卡的使用

（1）在单位卡的使用过程中，其账户的资金一律从其基本存款账户转账存入，不得交存现金，不得将销货收入的款项存入其账户，不得用于 10 万元以上的商品交易、劳务供应款项

的结算，并一律不得支取现金。需要向其账户续存资金的，单位卡的持卡人必须按前述转账方式转账存入。

2. 个人卡的使用

(1) 个人卡账户的资金以其持有的现金存入或以其工资性款项、属于个人的劳务报酬、投资回报等收入转账存入。严禁将单位的款项存入个人卡账户。个人卡在使用过程中仅限于合法持卡人使用，不得转借或出租。个人卡的持卡人可以在银行支取现金，其在支取现金时，应将银行卡和身份证件一并交发卡银行或代理银行。

(2) 根据《银行卡业务管理办法》的有关规定，持卡人用银行卡提取现金的，发卡银行对贷记卡的取现应当每笔授权，每卡每日累计取现不得超过 2 000 元人民币；对持卡人在自动柜员机（ATM 机）上取款设定交易上限，每卡每日累计提取款不得超过 5 000 元人民币；储值卡的面值或卡内币值不得超过 1 000 元人民币。

（四）银行卡的风险管理

根据《银行卡业务管理办法》的有关规定，通过借记卡办理的各项代理业务，发卡银行不得为持卡人或委托代理单位垫付资金。因此，银行卡的风险管理主要是针对信用卡持卡人可能滥用信用额度，给发卡银行造成损失的情况所进行的风险管理。

1. 信用卡持卡人的资信审查

发卡银行在向持卡人发行信用卡之前，应当对信用卡的申请人的资信状况进行调查，包括其收入状况、财产状况、社会对其资信的同认等，审查符合条件后，可以确定授予其相应的信用额度，并要求持卡人采用相应的担保方式提供有效的担保；在发卡银行向持卡人发行信用卡之后，发卡银行应当对信用卡持卡人的资信状况进行定期复查，并应当根据持卡人的资信状况的变化随时调整其信用额度。

2. 信用卡的风险管理指标

根据《银行卡业务管理办法》的有关规定，信用卡的风险控制指标如下。

(1) 同一持卡人单笔透支发生额个人卡不得超过 2 万元，单位卡不得超过 5 万元。

(2) 同一账户月透支余额个人卡不得超过 5 万元，单位卡不得超过发卡银行对该单位综合授信额度的 3%。无综合授信额度可参照的单位，其月透支余额不得超过 10 万元。

(3) 外币卡的透支额度不得超过持卡人保证金的 80%。

(4) 贷记卡的透支期限最长为 60 天。

(5) 对持卡人透支款项和诈骗款项，应当及时采用适当的方式予以追偿。扣减持卡人保证金、依法处置抵押物和质物；向保证人追索透支款项；通过司法机关的诉讼程序进行追索等。

二、汇兑结算制度

（一）汇兑的概念及种类

汇兑是汇款人委托银行将其款项支付给收款人的结算方式。单位和个人的各种款项的结算，均可使用汇兑结算方式。汇兑分为信汇和电汇两种，由汇款人选择使用。

（二）签发汇兑凭证的规则

签发汇兑凭证必须记载下列事项：①表明“信汇”或“电汇”的字样；②无条件支付的

委托；③确定的金额；④收款人名称；⑤汇款人名称；⑥汇入地点、汇入行名称；⑦汇出地点、汇出行名称；⑧委托日期；⑨汇款人签章。欠缺前述记载事项之一的，银行不予受理。

汇出银行受理汇兑凭证，经审查无误后，应及时向汇入银行办理汇款，并向汇款人签发汇款回单。汇入银行对开立存款账户的收款人，应将汇给收款人的款项直接转入其账户，并向其发出收账通知。未在银行开立存款账户的收款人，凭信汇、电汇的取款通知或“留行待取”的，向汇入银行支取款项时，须交验本人的身份证件，并在“收款人签盖章”处签章；信汇凭签章支取的，收款人的签章必须与预留信汇凭证上的签章相符。银行审查无误后，以收款人的姓名开立应解汇款及临时存款账户，该账户只付不收，付完清户，不计付利息。

支取现金的，信汇、电汇凭证上必须有按规定填明的“现金”字样，才能办理。未填明“现金”字样，需支取现金的，由汇入银行按国家现金管理规定审查支付。

收款人需要委托他人向汇入银行支取款项的，应在取款通知上签章，注明本人身份证件名称、号码、发证机关和“代理”字样以及代理人姓名。代理人代理取款时，也应在取款通知上签章，注明其身份证件名称等，并同时交验代理人和被代理人的身份证件。

转账支付的，应由原收款人向银行填制支款凭证，并由本人交验其身份证件办理支付款项；转汇的，应由原收款人向银行填制信汇、电汇凭证，并由本人交验其身份证件，转汇的收款人必须是原收款人。

汇款人对汇出银行尚未汇出的款项可以申请撤销，对已经汇出的款项可以申请退汇；转汇银行不得受理汇款人或汇出银行对汇款的撤销或退汇；汇入银行对于收款人拒绝接受的汇款，应立即办理退汇；汇入银行对于向收款人发出取款通知，经过 2 个月无法交付的汇款，应主动办理退汇。

三、托收承付制度

（一）托收承付的概念及适用范围

托收承付是根据购销合同由收款人发货后委托银行向异地付款人收取款项，由付款人向银行承认付款的结算方式。使用托收承付结算方式的收款、付款单位，必须是国有企业、供销合作社以及经营管理较好，并经开户银行审查同意的城乡集体所有制工业企业。办理托收承付结算的款项，必须是商品交易，以及因商品交易而产生的劳务供应的款项。代销、寄销、赊销商品的款项，不得办理托收承付结算。

【例 9-6】 下列业务中，国有企业之间不能采用托收承付结算方式的有（ ）。

- A. 商品寄销
- B. 由商品交易产生的劳务供应
- C. 商品赊销
- D. 商品代销

【解析】 正确答案为 ACD。代销、寄销、赊销商品的款项，不得办理托收承付结算。

（二）托收承付的条件和规则

收付双方使用托收承付结算必须签有购销合同，并在合同上订明使用托收承付结算方式。收款人办理托收，必须具有商品确已发运的证件；没有发运证件的，特殊情况可凭其他有关证件办理托收。托收承付结算金额起点为每笔 1 万元，新华书店系统每笔起点为 1 000 元。

托收承付结算款项的划回方法，分邮寄和电报两种，由收款人选用。其程序包括托收和承付两个阶段。

(1) 托收。收款人按照签订的购销合同发货后, 将托收凭证并附发运证件或其他有关证明和交易单证送交开户银行, 委托银行办理托收。

(2) 承付。付款人开户银行收到托收凭证及其附件后, 应当及时通知付款人。付款人应在承付期内审查核对, 安排资金。

承付货款分为验单付款和验货付款两种, 由收付双方商量选用, 并在合同中明确规定。验单付款的承付期为 3 日, 从付款人开户银行发出承付通知的次日算起; 验货付款的承付期为 10 日, 从承运部门向付款人发出提货通知的次日算起。付款人在承付期内, 未向银行表示拒绝付款, 银行即视作承付, 并在付款期满的次日上午银行开始营业时, 将款项划给收款人。

【例 9-7】 根据《支付结算办法》的规定, 下列支付结算的种类中, 有结算金额起点的是 ()。

- A. 委托收款 B. 支票 C. 托收承付 D. 汇兑

【解析】 正确答案为 C。只有托收承付规定了结算金额起点。

【例 9-8】 根据《支付结算办法》的规定, 国有工业企业之间购销商品采用托收承付方式结算的, 结算每笔的金额起点为 ()。

- A. 10 万元 B. 50 万元 C. 1 万元 D. 1 000 元

【解析】 正确答案为 C。托收承付结算金额起点为每笔 1 万元, 新华书店系统每笔起点为 1 000 元。

付款人在承付期满日银行营业终了时, 如无足够资金支付, 其不足部分即为逾期未付款项, 按逾期付款处理。付款人开户银行对付款人逾期未能付款的情况, 应当及时通知收款人开户银行, 由其转知收款人。待账户有款时, 必须将逾期未付款项和应付的赔偿金及时扣划给收款人, 不得拖延扣划。付款人开户银行对不执行合同规定、三次拖欠货款的付款人, 应当通知收款人开户银行转知收款人, 停止对该付款人办理托收。

在以下情况下, 付款人在承付期内, 可向银行提出全部或部分拒绝付款。

(1) 没有签订购销合同或购销合同未订明托收承付结算方式的款项。

(2) 未经双方事先达成协议, 收款人提前交货, 或因逾期交货, 付款人不再需要该项货物的款项。

(3) 未按合同规定的到货地址发货的款项。

(4) 代销、寄销、赊销商品的款项。

(5) 验单付款, 发现所列货物的品种、规格、数量、价格与合同规定不符, 或货物已到, 经查验货物与合同规定或与发货清单不符的款项。

(6) 验货付款, 经查验货物与合同规定或与发货清单不符的款项。

(7) 货款已经支付或计算有误的款项。

付款人提出全部或部分拒绝付款时, 必须填写“拒绝付款理由书”并签章, 注明拒绝付款理由, 并提出相关证明。

银行同意部分或全部拒绝付款的, 应在拒绝付款理由书上签注意见, 并将拒绝付款理由书连同拒付证明和有关单证邮寄收款人开户银行转交收款人。

收款人对被无理拒绝付款的托收款项, 在收到退回的结算凭证及其所附单证后, 需要委托银行重办托收的, 应当填写四联“重办托收理由书”, 将其中三联连同购销合同、有关证据和退回的原托收凭证及交易单证, 一并送交银行。经开户银行审查, 确属无理拒绝付款的, 可以重办托收。

【例 9-9】 甲企业与乙企业签订了一项价值 100 万元的货物购销合同，双方商定：以托收承付的结算方式结算货款，甲企业应将货物运至乙企业所在地。但受到当地汛期等诸多因素的影响，甲企业将货物送至距离乙企业 100 千米处的某地交货，并请乙企业到该地验收。乙企业考虑到此项货物是本单位的急用原材料，不运回可能会影响质量，遂派人将货物运回本单位，但对甲企业的行为提出异议，并在承付期内付款时向银行提出了部分拒绝付款。要求：请回答乙企业的做法是否符合《支付结算办法》的规定，为什么？

【解析】 乙企业的做法符合《支付结算办法》的规定。根据《支付结算办法》的规定，在托收承付结算方式下，付款人在承付期内对未按合同规定的到货地址发货的款项，可以向银行提出全部或部分拒绝付款。

四、委托收款制度

（一）委托收款的概念及适用范围

委托收款是收款人委托银行向付款人收取款项的结算方式。单位和个人凭已承兑商业汇票、债券、存单等付款人债务证明办理款项的结算，均可以使用委托收款结算方式。委托收款在同城、异地均可以使用。其款项的划回方式分邮寄和电报两种，由收款人选用。

（二）委托收款的规则

收款人办理委托收款应向银行提交委托收款凭证和有关的债务证明。银行接到寄来的委托收款凭证及债务证明，审查无误后办理付款，将款项划给收款人。银行在办理划款时，付款人存款账户不足支付的，应通过被委托银行向收款人发出未付款项通知书。付款人审查有关债务证明后，对收款人委托收取的款项需要拒绝付款的，可以出具拒绝证明，连同有关证明、凭证寄给被委托银行，办理拒绝付款。

五、信用证结算制度

（一）信用证的概念及适用范围

信用证是银行应买方的请求，开给卖方的一种保证付款的书面凭证。《国内信用证结算办法》第二条规定：“信用证是指开证行依照申请人的申请开出的，凭符合信用证条款的单据支付的付款承诺。”在我国，国内信用证是一种不可撤销、不可转让的跟单信用证，适用于国内企业之间的商品交易的转账结算，不得支取现金。

（二）信用证结算的过程

买方先向开户银行提出开证申请，由银行开出信用证交给卖方银行，卖方银行收到信用证后，通知卖方按信用证条款发货并准备好相应单据，卖方将全部单据连同信用证一并交给卖方地指定银行，该银行审核单据无误后，将货款扣除利息后交给卖方。卖方地指定银行再将全部单据寄交给开证银行，开证银行经审核无误后偿付货款，并通知买方付款赎单，买方拿已付款的银行单据到货运公司提取货物。

《国内信用证结算办法》就信用证条款及其结算程序，包括开证与通知、议付、付款、单据审核标准、免责与罚则等作了明确规定。

单元四 票据的一般规定

一、票据的概念

（一）票据的含义和种类

票据的概念有广义和狭义之分。广义的票据包括各种有价证券和凭证，如股票、企业债券、发票、提单等；狭义的票据，即我国《票据法》中规定的“票据”，包括汇票、银行本票和支票，是指由出票人签发的、约定自己或者委托付款人在见票时或指定的日期向收款人或持票人无条件支付一定金额的有价证券。

（二）票据当事人

票据当事人是指在票据法律关系中，享有票据权利、承担票据义务的主体。票据当事人分为基本当事人和非基本当事人。

1. 基本当事人

票据基本当事人是指在票据做成和交付时就已经存在的当事人，包括出票人、付款人和收款人三种。汇票和支票的基本当事人有出票人、付款人与收款人；本票的基本当事人有出票人与收款人。

（1）出票人，是指依法定方式签发票据并将票据交付给收款人的人。银行汇票的出票人为银行；商业汇票的出票人为银行以外的企业和其他组织；银行本票的出票人为出票银行；支票的出票人，为在银行开立支票存款账户的企业、其他组织和个人。

（2）收款人，是指票据正面记载的到期后有权收取票据所载金额的人。

（3）付款人，是指由出票人委托付款或自行承担付款责任的人。商业承兑汇票的付款人是合同中应给付款项的一方当事人，也是该汇票的承兑人，银行承兑汇票的付款人是承兑银行；支票的付款人是出票人的开户银行；本票的付款人是出票人。

2. 非基本当事人

非基本当事人是指在票据做成并交付后，通过一定的票据行为加入票据关系而享有一定权利、承担一定义务的当事人，包括承兑人、背书人与被背书人、保证人等。

（1）承兑人，是指接受汇票出票人的付款委托，同意承担支付票款义务的人，是汇票的主债务人。

（2）背书人与被背书人。背书人是指在转让票据时，在票据背面或粘单上签字或盖章，并将该票据交付给受让人的票据收款人或持有人。被背书人是指被记名受让票据或接受票据转让的人。背书后，被背书人成为票据新的持有人，享有票据的所有权利。

（3）保证人，是指为票据债务提供担保的人，由票据债务人以外的第三人担当。保证人在被保证人不能履行票据付款责任时，以自己的金钱履行票据付款义务，然后取得持票人的权利，向票据债务人追索。

【例 9-10】 本票的基本当事人包括（ ）。

A. 出票人 B. 保证人 C. 收款人 D. 背书人

【解析】 正确答案为 AC。保证人、背书人不是票据的基本当事人；对于本票，基本当事

人“付款人”与“出票人”合二为一，都是出票银行。

【例 9-11】下列各项中，属于非基本当事人的有（ ）。

- A. 出票人 B. 保证人 C. 承兑人 D. 背书人

【解析】正确答案为 BCD。出票人属于基本当事人。

（三）票据的特征和功能

1. 票据的特征

（1）票据是“完全有价证券”，即票据权利完全证券化，票据权利与票据本身融为一体、不可分离，也就是说，票据权利的产生、行使、转让和消灭都离不开票据。完全有价证券这一特征可以通过票据的“设权证券”、“提示证券”、“交付证券”和“缴回证券”等特征来体现。

① 票据权利的产生必须通过做成票据，即必须通过票据行为——出票来创设，从这一意义上说，票据又是“设权证券”。

② 票据权利的享有必须以占有票据为前提，为了证明占有的事实以行使票据权利，必须提示票据，从这一意义上说，票据又是“提示证券”。

③ 票据权利的转让必须交付票据，从这一意义上说，票据又是“交付证券”。

④ 票据权利实现之后，应将票据缴回付款人，付款人因付款而免责，以消灭票据权利义务关系或者付款人再行使追索权，从这一意义上说，票据又是“缴回证券”，被追索人清偿债务时，持票人应当交出票据和有关拒绝证明。

（2）票据是“文义证券”，即票据上的一切票据权利义务必须严格依照票据记载的文义而定，文义之外的任何理由、事项均不得作为根据，即使文义记载有错，也不得用票据之外的其他证明方法变更或补充。

（3）票据是“无因证券”，即票据如果符合《票据法》规定的条件，票据权利就成立，持票人不必证明取得票据的原因，仅以票据文义请求履行票据权利。但当票据债务人根据《票据法》第十二条的规定，认为持票人是以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据，或者明知有上述情形出于恶意取得票据，或者因为重大过失取得票据，持票人应当对自己持票的合法性负责举证。

（4）票据是“金钱债权证券”，即票据上体现的权利性质是财产权而不是其他权利，财产权的内容是请求支付一定的金钱而不是物品。

（5）票据是“要式证券”，即票据的制作、形式、文义都有规定的格式和要求，必须符合《票据法》的规定。

（6）票据是“流通证券”，即票据可以流通转让，只有流通转让，票据的功能才能充分发挥，衔接企业的产供销活动，使经济金融畅通运行，因此，票据贵在流通。与一般财产权相比，票据权利的转让灵活简便，无须通知债务人，通过背书行为直接转让。

2. 票据的功能

（1）支付功能。票据可以充当支付工具，代替现金使用。对于当事人来讲，用票据支付可以消除现金携带的不便，克服点钞的麻烦，节省计算现金的时间。

（2）汇兑功能。票据可以代替货币在不同地方之间运送，方便异地之间的支付。

（3）信用功能。票据当事人可以凭借自己的信誉，将未来才能获得的金钱作为现在的金钱来使用。例如，甲企业购买乙企业货物，甲企业暂时款项不足，便凭借自己的信誉签发了

一张以“乙企业”为收款人、以自己的开户银行为付款人,约定3个月后付款的票据给乙企业。此时,甲企业实际上是将3个月后才能筹足的款项用于现在使用。

(4) 结算功能。结算功能即债务抵销功能。简单的结算是互有债务的双方当事人各签发一张本票,待两张本票都到到期日时可以相互抵销债务。若有差额,由一方以现金支付。

(5) 融资功能。融资功能即融通资金或调度资金。票据的融资功能是通过票据的贴现、转贴现和再贴现实现的。

【例 9-12】 下列各项中,属于票据功能的有()。

A. 支付功能 B. 融资功能 C. 担保功能 D. 汇兑功能

【解析】 正确答案为 ABD。票据可以用于提供担保,但这不属于票据的固有风险。

二、票据权利与责任

(一) 票据权利的概念和分类

票据权利是指票据持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利,包括付款请求权和追索权。

付款请求权是指持票人向汇票的承兑人、本票的出票人、支票的付款人出示票据要求付款的权利,是第一顺序权利。行使付款请求权的持票人可以是票据记载的收款人或最后的被背书人;担负付款请求权付款义务的主要是主债务人。

追索权是指票据当事人行使付款请求权遭到拒绝或有其他法定原因存在时,向其前手请求偿还票据金额及其他法定费用的权利,是第二顺序权利。行使追索权的当事人除票据记载的收款人和最后被背书人外,还可能是代为清偿票据债务的保证人、背书人。

【例 9-13】 票据权利包括()。

A. 付款请求权 B. 利益返还请求权 C. 追索权 D. 票据返还请求权

【解析】 正确答案为 AC。利益返还请求权和票据返还请求权属于《票据法》上的非票据权利。所谓“非票据权利”是指基于《票据法》的规定产生的,但不是由票据行为直接产生的权利,是票据价款之外的债权债务关系。

(二) 票据权利的取得

1. 基本规定

签发、取得和转让票据,应当遵守诚实信用的原则,具有真实的交易关系和债权债务关系。票据的取得,必须给付对价,即应当给付票据双方当事人认可的相对应的代价。但也有例外的情形,即如果是因为税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的,则不受给付对价的限制,但是所享有的票据权利不得优于其前手的权利。这里“不得优于”的含义是指不能超过,而且必须受到前手权利状态的影响,具体来说:①如果前手是善意的、已付对价的当事人,享有完整有效的票据权利,无偿取得之人也享有同样的票据权利;②如果前手是因欺诈等取得票据的,不享有票据权利,无偿取得之人也不享有票据权利;③如果前手因善意取得票据但未付对价或对价不相当,该前手的权利应受其再前手权利的影响,无偿取得之人也受前手的影响。

2. 是否享有票据权利的情形

取得票据享有票据权利的情形:①依法接受出票人签发的票据;②依法接受背书转让的

票据；③因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据。

取得票据不享有票据权利的情形：①以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的；②持票人因重大过失取得不符合《票据法》规定的票据的。

【例 9-14】 下列各项情况下，取得的票据享有票据权利的有（ ）。

- A. 张三明知李四偷来一张支票，李四向其转让，张三欣然接受
- B. 甲单位以支票形式向地震灾区某小学捐款，该小学接受该支票
- C. 作为收款人，王五依法接受一张银行本票
- D. 作为最后持票人，刘六持有一张银行汇票且背书连续

【解析】 正确答案为 BCD。选项 A 属于“以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据”的情形，不享有票据权利。

（三）票据权利的行使与保全

票据权利的行使是指持票人请求票据的付款人支付票据金额的行为，例如，行使付款请求权以获得票款，行使追索权以请求清偿法定的金额和费用等。票据权利的保全是指持票人为了防止票据权利的丧失而采取的措施，例如，依据《票据法》的规定，按照定期限提示承兑、要求承兑人或付款人提供拒绝承兑或拒绝付款的证明以保全追索权等。

票据权利的保全行为大都又是票据权利的行使行为，所以一般《票据法》都将二者一并进行规定。票据权利行使和保全的方法通常包括按期提示和依法证明两种。

（1）按期提示是指要按照规定的期限向票据债务人提示票据，包括提示承兑或提示付款，以及及时保全或行使追索权。例如《票据法》第四十条规定，“汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权”；第七十九条规定，“本票的持票人未按照规定期限提示见票的，丧失对出票人以外的前手的追索权”。

（2）依法证明是指持票人为了证明自己曾经依法行使票据权利而遭拒绝或者根本无法行使票据权利而以法律规定的时间和方式取得相关的证据。例如《票据法》第六十五条规定：“持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或者未按照规定期限提供其他合法证明的，丧失对其前手的追索权。”

对于票据权利行使和保全的地点和时间，我国《票据法》第十六条规定：“持票人对票据债务人行使票据权利，或者保全票据权利，应当在票据当事人的营业场所和营业时间内进行，票据当事人无营业场所的，应当在其住所进行。”

（四）票据权利丧失补救

票据丧失是指票据因灭失（如不慎被烧毁）、遗失（如不慎丢失）、被盗等原因而使票据权利人脱离其对票据的占有。票据一旦丧失，票据的债权人如不采取措施补救就不能阻止债务人向拾获者履行义务，从而造成正当票据权利人经济上的损失。因此，需要进行票据丧失的补救。票据丧失后，可以采取挂失止付、公示催告和普通诉讼三种形式进行补救。

1. 挂失止付

挂失止付是指失票人将丧失票据的情况通知付款人或代理付款人，由接受通知的付款人或代理付款人审查后暂停支付的一种方式。只有确定付款人或代理付款人的票据丧失时才可进行挂失止付，具体包括已承兑的商业汇票、支票、填明“现金”字样和代理付款人的银行

汇票以及填明“现金”字样的银行本票四种。挂失止付并不是票据丧失后采取的必经措施，而只是一种暂时的预防措施，最终要通过申请公示催告或提起普通诉讼来补救票据权利。

2. 公示催告

公示催告是指在票据丧失后由失票人向人民法院提出申请，请求人民法院以公告方式通知不确定的利害关系人限期申报权利，逾期未申报者，则权利失效，而由人民法院通过除权判决宣告所丧失的票据无效的制度或程序。根据《票据法》的规定，失票人应当在通知挂失止付后的 3 日内，也可以在票据丧失后，依法向票据支付地人民法院申请公示催告。申请公示催告的主体必须是可以背书转让的票据的最后持票人。

3. 普通诉讼

普通诉讼是指丧失票据的人为原告，以承兑人或出票人为被告，请求人民法院判决其向失票人付款的诉讼活动。如果与票据上的权利有利害关系的人是明确的，无须公示催告，可按一般的票据纠纷向人民法院提起诉讼。

【例 9-15】 下列说法中，正确的是（ ）。

- A. 申请公示催告必须先申请挂失止付
- B. 办理挂失止付应有确定的“付款人”，因此未填明代理付款人的银行汇票不得挂失止付
- C. 银行网点营业时间终止后，因为紧急情况可以到该银行网点负责人的家中提示付款
- D. 公示催告可以在当地晚报上刊发

【解析】 正确答案为 B。挂失止付不是公示催告的必经程序，因此选项 A 错误；行使和保全票据权利，应当在票据当事人的营业场所和营业时间内进行，因此选项 C 错误；公示催告应在全国性的报刊上刊登，因此选项 D 错误。

（五）票据权利时效

票据权利时效是指票据权利在时效期间内不行使，即引起票据权利丧失。《票据法》根据不同情况，将票据权利时效划分为 2 年、6 个月、3 个月。《票据法》规定，票据权利在下列期限内不行使而消灭。

（1）持票人对票据（商业汇票）的出票人和承兑人的权利自票据（商业汇票）到期日起 2 年。见票即付的汇票、本票自出票日起 2 年。

（2）持票人对支票出票人的权利，自出票日起 6 个月。

在这里，持票人对出票人和承兑人的权利，包括付款请求权和追索权。之所以规定支票的权利时效短于其他票据，是因为支票主要是一种短期支付工具，其权利的行使以迅速为宜，规定较短的时效，可以督促权利人及时行使票据权利。

（3）持票人对前手的（首次）追索权，在被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起 6 个月。

（4）持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起 3 个月。

追索权的行使以获得拒绝付款证明或退票理由书等有关证明为前提。

如果持票人因超票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的，《票据法》为了保护持票人的合法权益，规定其仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据款金额相当的利益。

【例 9-16】 下列说法中，正确的是（ ）。

- A. 票据权利时效期间指提示付款期间
- B. 持票人对支票出票人的权利，自出票日起 3 个月

C. 持票人对前手的再追索权, 自清偿日或者被提起诉讼之日起 3 个月

D. 持票人对前手的追索权, 在被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起 3 个月

【解析】 正确答案为 C。票据权利时效期间和提示付款期间是两个概念, 不应混为一谈, 故选项 A 错误; 选项 B 和选项 D 中的时效期间均应为 6 个月。

（六）票据责任

票据责任是指票据债务人向持票人支付票据金额的义务。实务中, 票据债务人承担票据义务一般有四种情况: ①汇票承兑人因承兑而应承担付款义务; ②本票出票人因出票而承担自己付款的义务; ③支票付款人在与出票人有资金关系时承担付款义务; ④汇票、本票、支票的背书人, 汇票、支票的出票人、保证人, 在票据不获承兑或不获付款时的付款清偿义务。

1. 提示付款

持票人应当按照下列期限提示付款: ①见票即付的票据, 自出票日起 1 个月内向付款人提示付款; ②定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的票据, 自到期日起 10 日内向承兑人提示付款。持票人未按照规定期限提示付款的, 在作出说明后, 承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。通过委托收款银行或者通过票据交换系统向付款人提示付款的, 视同持票人提示付款。

2. 付款人付款

持票人依照上述规定提示付款的, 付款人必须在当日足额付款。付款人及其代理付款人付款时, 应当审查票据背书是否连续, 并审查提示付款人合法身份证明或者有效证件。票据金额为外币的, 按照付款日的市场汇价, 以人民币支付。票据当事人对票据支付的货币种类另有约定的, 从其约定。

3. 拒绝付款

如果存在背书不连续等合理事由, 票据债务人可以对票据债权人拒绝履行义务, 这就是所谓的票据“抗辩”。票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人进行抗辩, 但不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人。当然, 若持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。

4. 获得付款

持票人获得付款的, 应当在票据上签收, 并将票据交给付款人。持票人委托银行收款的, 受委托的银行将代收的票据金额转入持票人账户, 视同签收。

5. 相关银行的责任

持票人委托的收款银行的责任, 限于按照票据上的记载事项将票据金额转入持票人账户。付款人委托的付款银行的责任, 限于按照票据上的记载事项从付款人账户支付票据金额。付款人及其代理付款人以恶意或者有重大过失付款的, 应当自行承担责任。对定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的票据, 付款人在到期日前付款的, 由付款人自行承担所产生的责任。

6. 票据责任解除

付款人依法足额付款后, 全体票据债务人的责任解除。

【例 9-17】 下列说法中, 正确的是 ()。

A. 票据债务人可以以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人

B. 持票人未按照规定期限提示付款的, 付款人的票据责任解除

C. 持票人委托的收款银行的责任,限于按照票据上记载事项将票据金额转入持票人账户

D. 付款人委托的付款银行的责任,限于按照票据上记载事项从付款人账户支付票据金额,不必审查背书是否连续

【解析】 正确答案为 C。票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人,因此选项 A 错误;持票人未按照规定期限提示付款的,在作出相关说明后,付款人仍应当承担付款责任,而不能因此解除付款责任,因此选项 B 错误;付款银行付款,应按照规定审查背书是否连续,背书不连续,持票人不享有票据权利,不应予以付款,因此选项 D 错误。

三、票据行为

票据行为是指票据当事人以发生票据债务为目的、以在票据上签名或盖章为权利义务成立要件的法律行为。票据行为包括出票、背书、承兑和保证。

(一) 出票

1. 出票的概念

出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。出票包括两个行为:一是出票人依照《票据法》的规定做成票据,即在原始票据上记载法定事项并签章;二是交付票据,即将做成的票据交付给他人占有。这两者缺一不可。

2. 出票的基本要求

出票人必须与付款人具有真实的委托付款关系,并且具有支付票据金额的可靠资金来源,不得签发无对价的票据用以骗取银行或者其他票据当事人的资金。

3. 票据的记载事项

出票人和其他票据行为当事人在票据上的记载事项必须符合《票据法》等的规定。所谓票据记载事项是指依法在票据上记载的票据相关内容,一般分为绝对记载事项、相对记载事项、任意记载事项和记载不产生票据法上效力的事项等。

(1) 绝对记载事项是指《票据法》明文规定必须记载的,如不记载,票据行为即为无效的事项。例如,出票时表明票据种类的事项,必须记明“汇票”、“本票”、“支票”,否则票据无效。再如,票据行为当事人必须按照法定程序在票据上签章,出票人在票据上的签章不符合《票据法》等规定的,票据无效;承兑人、保证人在票据上的签章不符合《票据法》等规定的,其签章无效,但不影响其他符合规定签章的效力;背书人在票据上的签章不符合《票据法》等规定的,其签章无效,但不影响其前手符合规定签章的效力。

(2) 相对记载事项是指除了必须记载事项外,《票据法》规定的其他应记载的事项,这些事项如果未记载,由法律另作相应规定予以明确,并不影响票据的效力。例如,《票据法》规定背书由背书人签章并记载背书日期。背书未记载日期的,视为在票据到期日前背书。这里的“背书日期”就属于相对记载事项;未记载背书日期的,《票据法》视同背书日期为“到期日前”。

【例 9-18】 下列票据记载事项中,属于相对记载事项的有()。

A. 背书日期

B. 承兑日期

C. 保证日期

D. 被保证人

【解析】 正确答案为 ABCD。以上事项在没有记载时,《票据法》均作出了推定。

(3) 任意记载事项是指《票据法》不强制当事人必须记载而允许当事人自行选择, 不记载时不影响票据效力, 记载时则产生票据效力的事项。如出票人在汇票上记载“不得转让”字样的, 汇票不得转让, 其中的“不得转让”事项即为任意记载事项。

(4) 记载不产生票据法上效力的事项是指除了绝对记载事项、相对记载事项、任意记载事项外, 票据上还可以记载其他一些事项, 但这些事项不具有票据效力, 银行不负审查责任。例如《票据法》第二十四条规定: “汇票上可以记载本法规定事项以外的其他出票事项, 但是该记载事项不具有汇票上的效力。”

4. 出票的效力

票据出票人制作票据, 应当按照法定条件在票据上签章, 并按照所记载的事项承担票据责任。出票人签发票据后, 即承担该票据承兑或付款的责任。出票人在票据得不到承兑或者付款时, 应当向持票人清偿《票据法》第七十条和第七十一条规定的金额和费用。

(二) 背书

1. 背书的概念及种类

背书是在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的行为。以背书的目的为标准, 将背书分为转让背书和非转让背书。转让背书是指以转让票据权利为目的的背书; 非转让背书是指以授予他人行使一定的票据权利为目的的背书。非转让背书包括委托收款背书和质押背书。

委托收款背书是背书人委托被背书人行使票据权利的背书。委托收款背书的被背书人有权代背书人行使被委托的票据权利。但是, 被背书人不得再以背书转让票据权利; 质押背书是以担保债务而在票据上设定以质权为目的的背书。被背书人依法实现其质权时, 可以行使票据权利。

2. 背书记载事项

背书由背书人签章并记载背书日期。背书未记载日期的, 视为在票据到期日前背书。以背书转让或者以背书将一定的票据权利授予他人行使时, 必须记载背书人名称。背书人未记载被背书人名称即将票据交付他人的, 持票人在票据背书人栏内记载自己的名称与背书人记载具有同等法律效力。

委托收款背书应记载“委托收款”字样、被背书人和背书人签章。质押背书应记载“质押”字样、质权人和出质人签章。

若票据凭证不能满足背书人记载事项的需要, 可以加附粘单, 粘附于票据凭证上。粘单上的第一记载人, 应当在票据和粘单的粘接处签章。

【例 9-19】 下列票据背书中, 属于转让票据权利的背书有 ()。

A. 质押背书 B. 委托收款背书 C. 贴现背书 D. 转让背书

【解析】 正确答案为 CD。质押背书和委托收款背书不发生票据权利的转让, 背书人仍是票据权利人, 被背书人是代理背书人行使票据权利。贴现背书是转让背书的一种, 只不过是企事业单位等向银行转让, 不同于企事业单位之间转让票据。

3. 背书连续及其效力

背书连续, 是指在票据转让中, 转让票据的背书人与受让票据的被背书人在票据上的签章依次前后衔接。具体来说, 第一背书人为票据收款人, 最后持票人为最后背书的被背书人, 中间的背书人为前手背书的被背书人。

以背书转让的票据, 背书应当连续。持票人以背书的连续, 证明其票据权利; 非经背书

转让, 而以其他合法方式取得票据的, 依法举证, 证明其票据权利。

【例 9-20】 2013 年 2 月 26 日, C 市 G 企业签发了一张银行承兑汇票, 该汇票经 C 市 D 银行承兑, 收款人为 H 市 E 企业, E 企业获得承兑汇票后背书转让给了 F 公司。F 公司因购买生产原料未背书就将汇票交付 M 公司。之后, M 公司又将汇票背书转让给了 H 市 B 公司。2013 年 8 月 26 日汇票到期后, B 公司填写了委托收款凭证并附上承兑汇票, 经 H 市开户银行 A 银行向 C 市 D 银行发出委托收款。C 市 D 银行收到委托收款凭证和银行承兑汇票后, 以“该承兑汇票背书不连续”为由予以退票。分析 D 银行的做法是否正确, 请说明理由。

【解析】 正确。根据《票据法》的规定, 以背书转让的汇票, 背书应当连续。持票人以背书的连续, 证明其汇票权利。背书连续是指在票据转让中, 转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接, 即第一次背书的背书人为票据的收款人; 第二次背书的背书人为第一次背书的被背书人, 依次类推, 只要票据背书在形式上是连续的, 票据付款人就应无条件付款; 反之, 付款人可以拒绝付款。本案例中, F 公司未作背书就将汇票交付 M 公司, 故导致了票据背面签章不衔接, 造成背书不连续; B 公司接受票据时, 未作背书连续的审查, 所以在票据到期日遭到拒付。

4. 不得进行的背书

不得进行的背书, 包括条件背书、部分背书、限制背书和期后背书。

(1) 条件背书是指背书不得附有条件, 背书时附有条件的, 所附条件不具有票据上的效力。

(2) 部分背书是指将票据金额的一部分转让的背书或者将票据金额分别转让给 2 人以上的背书, 部分背书属于无效背书。

(3) 限制背书是指记载了“不得转让”, 此时票据不得转让, 例如, 出票人记载“不得转让”的, 票据不得背书转让; 背书人在票据上记载“不得转让”字样, 其后手再背书转让的, 原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。

(4) 期后背书是指票据被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的, 不得背书转让; 背书转让的, 背书人应当承担票据责任。

5. 背书效力

背书人以背书转让票据后, 即承担保证其后手所持票据承兑和付款的责任。

(三) 承兑

1. 承兑的概念

承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额并签章的行为。承兑仅适用于商业汇票。

2. 承兑程序

承兑程序包括提示承兑、受理承兑、记载承兑事项等。

(1) 提示承兑, 是指持票人向付款人出示汇票, 并要求付款人承诺付款的行为。定日付款或者出票后定期付款的汇票, 持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。见票后定期付款的汇票, 持票人应当自出票日起 1 个月内向付款人提示承兑。汇票未按照规定的期限提示承兑的, 持票人丧失对其前手的追索权。

(2) 受理承兑。付款人收到持票人提示承兑的汇票时, 应当向持票人签发收到汇票的回单。回单上应当记明汇票提示承兑日期并签章。付款人对向其提示承兑的汇票, 应当自收到提示承兑的汇票之日起 3 日内承兑或者拒绝承兑。

(3) 记载承兑事项。付款人承兑汇票的, 应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期

并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。汇票上未记载承兑日期的，应当以收到提示承兑的汇票之日起 3 日内的最后一日为承兑日期。

3. 承兑效力

付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任。

（四）保证

1. 保证的概念

保证是指票据债务人以外的人，为担保特定债务人履行票据债务而在票据上记载有关事项并签章的行为。

国家机关、以公益为目的的事业单位、社会团体、企业法人的分支机构和职能部门作为票据保证人的，票据保证无效，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷，国家机关提供票据保证的，以及企业法人的分支机构在法人书面授权范围内提供票据保证的除外。

2. 保证的记载事项

保证人必须在票据或者粘单上记载下列事项：表明“保证”的字样；保证人名称和住所；被保证人的名称；保证日期；保证人签章。

保证人在票据或者粘单上未记载“被保证人名称”的，已承兑票据的承兑人为被保证人；未承兑票据的出票人为被保证人。保证人在票据或者粘单上未记载“保证日期”的，出票日期为保证日期。保证人未在票据或者粘单上记载“保证”字样而另行签订保证合同或者保证条款的，不属于票据保证。

3. 保证责任的承担

被保证的票据，保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任。票据到期后得不到付款的，持票人有权向保证人请求付款，保证人应当足额付款。保证人为 2 人以上的，保证人之间承担连带责任。

4. 保证效力

保证人对合法取得票据的持票人所享有的票据权利，承担保证责任。但是，被保证人的债务因票据已载事项欠缺而无效的除外。保证不得附有条件；附有条件的，不影响对票据的保证责任。保证人清偿票据债务后，可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。

【例 9-21】 票据行为包括（ ）。

- A. 出票 B. 背书 C. 承兑 D 保证
E. 付款

【解析】 正确答案为 ABCD。票据行为是指票据当事人以发生票据债务为目的的、以在票据上签名或盖章为权利义务成立要件的法律行为，“付款”解除了票据责任，不发生票据债务，不属于票据行为。

【例 9-22】 下列主体中，不能作为票据保证人的有（ ）。

- A. 国家机关
B. 在法人书面授权范围内提供票据保证的企业法人的分支机构
C. 以公益为目的的事业单位
D. 企业法人的职能部门

【解析】 正确答案为 ACD。国家机关、以公益为目的的事业单位、社会团体、企业法人的分支机构和职能部门作为票据保证人的，票据保证无效，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷，国家机关提供票据保证的，以及企业法人的分支机构在法人书面授权范围内提供票据保证的除外。

四、票据追索

（一）票据追索适用的情形

票据追索适用于两种情形，分别为到期后追索和到期前追索。

到期后追索，是指票据到期被拒绝付款的，持票人对背书人、出票人以及票据的其他债务人行使的追索。

到期前追索，是指票据到期日前，持票人对下列情形之一行使的追索。

- （1）汇票被拒绝承兑的。
- （2）承兑人或者付款人死亡、逃匿的。
- （3）承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。

（二）被追索人的确定

票据的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。持票人行使追索权，可以不按照票据债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。持票人对票据债务人中的一人或者数人已经进行追索的，对其他票据债务人仍可以行使追索权。

（三）追索的内容

持票人行使追索权，可以请求被追索人支付下列金额和费用：①被拒绝付款的票据金额；②票据金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；③取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。

被追索人清偿债务时，持票人应当交出票据和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。

被追索人依照前条规定清偿后，可以向其他票据债务人行使再追索权，请求其他票据债务人支付下列金额和费用：①已清偿的全部金额；②前项金额自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；③发出通知书的费用。行使再追索权的被追索人获得清偿时，应当交出票据和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。

（四）追索权的行使

1. 获得有关证明

持票人行使追索权时，应当提供被拒绝承兑或者拒绝付款的有关证明。持票人提示承兑或者提示付款被拒绝的，承兑人或者付款人必须出具拒绝证明，或者出具退票理由书。未出具拒绝证明或者退票理由书的，应当承担由此产生的民事责任。

其中，拒绝证明应当包括下列事项：①被拒绝承兑、付款的票据的种类及其主要记载事项；②拒绝承兑、付款的事实依据和法律依据；③拒绝承兑、付款的时间；④拒绝承兑人、拒绝付款人的签章。

退票理由书应当包括下列事项：①所退票据的种类；②退票的事实依据和法律依据；③退票时间；④退票人签章。

持票人因承兑人或者付款人死亡、逃匿或者其他原因，不能取得拒绝证明的，可以依法取得其他有关证明，包括医院或者有关单位出具的承兑人、付款人死亡的证明；司法机关出具的承兑人、付款人逃匿的证明；公证机关出具的具有拒绝证明效力的文书。

承兑人或者付款人被人民法院依法宣告破产的，人民法院的有关司法文书具有拒绝证明的效力。承兑人或者付款人因违法被责令终止业务活动的，有关行政主管部门的处罚决定具有拒绝证明的效力。

持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或者未按照规定期限提供其他合法证明的，丧失对其前手的追索权。但是，承兑人或者付款人仍应当对持票人承担责任。

2. 行使追索权

持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起 3 日内，将被拒绝事由书面通知其前手；其前手应当自收到通知之日起 3 日内书面通知其再前手。持票人也可以同时向各票据债务人发出书面通知，该书面通知应当记明票据的主要记载事项，并说明该票据已被退票。

未按照规定期限通知的，持票人仍可以行使追索权。因延期通知给其前手或者出票人造成损失的，由没有按照规定期限通知的票据当事人，承担对该损失的赔偿责任，但是所赔偿的金额以票据金额为限。在规定期限内将通知按照法定地址或者约定的地址邮寄的，视为已经发出通知。

【例 9-23】 下列关于票据追索的说法中，正确的有（ ）。

- A. 票据追索只能要求偿还票据金额
- B. 持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或者未按照规定期限提供其他合法证明的，丧失对其前手的追索权
- C. 票据的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任，都有可能成为追索对象
- D. 发出追索通知没有时间要求

【解析】 正确答案为 BC。票据追索可以要求支付票据金额的利息和取得证明或发出通知的相关费用，故选项 A 错误；持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起 3 日内，将被拒绝事由书面通知其前手，其前手应当自收到通知之日起 3 日内书面通知其再前手，因此发出追索通知有明确的时间要求，故选项 D 错误。

（五）追索的效力

被追索人依照规定清偿债务后，其责任解除，与持票人享有同一权利。

单元五 票据结算方式

一、银行汇票

（一）银行汇票的概念及适用范围

银行汇票是出票银行签发的，由其在见票时按照实际结算金额无条件支付给收款人或者

持票人的票据。出票银行为银行汇票的付款人。银行汇票可以用于转账；填明“现金”字样的银行汇票也可以用于支取现金。单位和个人进行各种款项结算，均可使用银行汇票。

（二）银行汇票的出票

1. 申请

申请人使用银行汇票，应向出票银行填写“银行汇票申请书”，填明收款人名称、汇票金额、申请人名称、申请日期等事项并签章，签章为其预留银行的签章。申请人和收款人均为个人的，需要使用银行汇票向代理付款人支取现金的，申请人须在“银行汇票申请书”上填明代理付款人名称，在“出票金额”栏先填写“现金”字样，后填写汇票金额。申请人或者收款人为单位的，不得在“银行汇票申请书”上填明“现金”字样。

2. 签发并交付

（1）出票银行受理银行汇票申请书，收妥款项后签发银行汇票，并将银行汇票和解讫通知一并交给申请人。

（2）签发银行汇票必须记载下列事项：表明“银行汇票”的字样；无条件支付的承诺；出票金额；付款人名称；收款人名称；出票日期；出票人签章。欠缺记载上列事项之一的，银行汇票无效。

（3）签发现金银行汇票，申请人和收款人必须均为个人，收妥申请人交存的现金后，在银行汇票“出票金额”栏先填写“现金”字样，后填写出票金额，并填写代理付款人名称。申请人或者收款人为单位的，银行不得为其签发现金银行汇票。

（4）申请人应将银行汇票和解讫通知一并交付给汇票上记明的收款人。收款人受理银行汇票时，应审查下列事项：①银行汇票和解讫通知是否齐全、汇票号码与记载的内容是否一致；②收款人是否确为本单位或本人；③银行汇票是否在提示付款期限内；④必须记载的事项是否齐全；⑤出票人签章是否符合规定，大小写出票金额是否一致；⑥出票金额、出票日期、收款人名称是否更改，更改的其他记载事项是否由原记载人签章证明。

3. 填写实际结算金额

收款人受理申请人交付的银行汇票时，应在出票金额以内，根据实际需要的款项办理结算，并将实际结算金额和多余金额准确、清晰地填入银行汇票和解讫通知的有关栏内。银行汇票的实际结算金额低于出票金额的，其多余金额由出票银行退交申请人。未填明实际结算金额和多余金额或实际结算金额超过出票金额的，银行不予受理。银行汇票的实际结算金额一经填写不得更改，更改实际结算金额的银行汇票无效。

（三）银行汇票背书

被背书人受理银行汇票时，除按照收款人接受银行汇票进行相应的审查外，还应审查下列事项：①银行汇票是否记载实际结算金额，有无更改，其金额是否超过出票金额；②背书是否连续，背书人签章是否符合规定，背书使用粘单的是否按规定签章；③背书人个人的身份证件。银行汇票的背书转让以不超过出票金额的实际结算金额为准。未填写实际结算金额或实际结算金额超过出票金额的银行汇票不得背书转让。

（四）银行汇票提示付款

银行汇票的提示付款期限为自出票日起 1 个月。持票人超过付款期限提示付款的，代理

付款人不予受理。持票人向银行提示付款时，须同时提交银行汇票和解讫通知，缺少任何一联，银行不予受理。持票人超过期限向代理付款银行提示付款不获付款的，须在票据权利时效内向出票银行作出说明，并提供本人身份证件或单位证明，持银行汇票和解讫通知向出票银行请求付款。

在银行开立存款账户的持票人向开户银行提示付款时，应在汇票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章，签章须与预留银行签章相同，并将银行汇票和解讫通知、进账单送交开户银行。未在银行开立存款账户的个人持票人，可以向任何一家银行机构提示付款。提示付款时，应在汇票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章，并填明本人身份证件名称、号码及发证机关，由其本人向银行提交身份证件及其复印件。

【例 9-24】 下列关于银行汇票的表述中，正确的有（ ）。

- A. 银行汇票的实际结算金额不得更改，且不得超过出票金额
- B. 持票人向银行提示付款时，须同时提交银行汇票和解讫通知
- C. 银行汇票的提示付款期限为自出票日起 1 个月
- D. 申请人或者收款人为单位的，可以申请使用现金银行汇票

【解析】 正确答案为 ABC。申请人或收款人为单位的，银行不得为其签发现金银行汇票，故选项 D 错误。

【例 9-25】 A 公司购买了 B 公司的一批货物，双方同意采用银行汇票支付货款。在 B 公司发货之前，A 公司只给了 B 公司银行汇票（第二联），B 公司财务人员凭银行汇票（第二联）向自己的开户银行提示付款。分析该开户银行能否受理该汇票。

【解析】 不能。银行汇票持票人向银行提示付款时，必须同时提交银行汇票（第二联）和解讫通知（第三联），否则银行不予受理。在实务中，部分汇票申请人并不是同时将银行汇票（第二联）和解讫通知（第三联）交付收款人，而是先给银行汇票（第二联），待收到货物后再给解讫通知（第三联），从而影响收款人正常的提示付款。本案例中，B 公司应向 A 公司索要解讫通知（第三联），并持银行汇票（第二联）和解讫通知（第三联）向自己的开户银行提示付款。只有银行汇票（第二联），开户银行不会予以受理。

（五）银行汇票退款及丧失

申请人因银行汇票超过付款提示期限或其他原因要求退款时，应将银行汇票和解讫通知同时提交到出票银行。申请人为单位的，应出具该单位的证明；申请人为个人的，应出具该本人的身份证件。对于代理付款银行查询的要求退款的银行汇票，在汇票提示付款期满后方能办理退款。出票银行对于转账银行汇票的退款，只能转入原申请人账户；对于符合规定填明“现金”字样银行汇票的退款，才能退付现金。申请人缺少解讫通知要求退款的，出票银行应于银行汇票提示付款期满 1 个月后办理。

银行汇票丧失，失票人可以凭人民法院出具的其享有票据权利的证明，向出票银行请求付款或退款。

二、商业汇票

（一）商业汇票的概念、种类及适用范围

商业汇票是出票人签发的，委托付款人在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者

持票人的票据。

商业汇票按照承兑人的不同分为商业承兑汇票和银行承兑汇票。商业承兑汇票由银行以外的付款人承兑，银行承兑汇票由银行承兑。商业汇票的付款人为承兑人。

在银行开立存款账户的法人以及其他组织之间，必须具有真实的交易关系或债权债务关系，才能使用商业汇票。

（二）商业汇票的出票

1. 出票人的资格条件

商业承兑汇票的出票人，为在银行开立存款账户的法人以及其他组织，并与付款人具有真实的委托付款关系，具有支付汇票金额的可靠资金来源。银行承兑汇票的出票人必须是在承兑银行开立存款账户的法人以及其他组织，并与承兑银行具有真实的委托付款关系，资信状况良好，具有支付汇票金额的可靠资金来源。

【例 9-26】2013 年 7 月 5 日，某建设公司接受了本市某水泥厂转让的一张银行承兑汇票，金额为 2 万元；建设公司因为与自然人郝某的债权债务关系，随即将该汇票转让给了郝某。郝某因为家庭装修欠某广告公司装修费用 2 万元，因此又将该汇票转让给了某广告公司。分析该广告公司能否接受该汇票。

【解析】不能。银行承兑汇票是我国商业汇票的一种，而商业汇票的使用主体，目前在我国仅限于在银行开立存款账户的法人以及其他组织，自然人不能使用商业汇票。本案例中，郝某作为自然人接受并转让了银行承兑汇票，不符合上述关于商业汇票使用主体的规定，因此广告公司不宜接受该银行承兑汇票，否则容易产生提示付款或背书转让的麻烦。广告公司可以要求郝某采用其他支付方式。

2. 出票人的确定

商业承兑汇票可以由付款人签发并承兑，也可以由收款人签发交由付款人承兑。银行承兑汇票应由在承兑银行开立存款账户的存款人签发。

3. 出票的记载事项

签发商业汇票必须记载下列事项：表明“商业承兑汇票”或“银行承兑汇票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款人名称；收款人名称；出票日期；出票人签章。欠缺记载上述事项之一的，商业汇票无效。其中，“出票人签章”为该单位的财务专用章或者公章加其法定代表人或其授权的代理人的签名或者盖章。

4. 商业汇票付款期限的记载形式

商业汇票的付款期限记载有三种形式：①定日付款的汇票付款期限自出票日起计算，并在汇票上记载具体的到期日；②出票后定期付款的汇票付款期限自出票日起按月计算，并在汇票上记载；③见票后定期付款的汇票付款期限自承兑或拒绝承兑日起按月计算，并在汇票上记载。

（三）商业汇票的承兑

商业汇票可以在出票时向付款人提示承兑后使用，也可以在出票后先使用再向付款人提示承兑。付款人拒绝承兑的，必须出具拒绝承兑的证明。付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任。

银行承兑汇票的出票人或持票人向银行提示承兑时，银行的信贷部门负责按照有关规定

和审批程序,对出票人的资格、资信、购销合同和汇票记载的内容进行认真审查,必要时可由出票人提供担保。符合规定和承兑条件的,与出票人签订承兑协议。银行承兑汇票的承兑银行,应按票面金额向出票人收取 0.05% 的手续费。

(四) 商业汇票的付款

1. 提示付款

商业汇票的提示付款期限为自汇票到期日起 10 日。持票人应在提示付款期限内通过开户银行委托收款或直接向付款人提示付款。对异地委托收款的,持票人可匡算邮程,提前通过开户银行委托收款。持票人超过提示付款期限提示付款的,持票人开户银行不予受理,但在作出说明后,承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。

持票人依照规定提示付款的,付款人必须在当日足额付款。商业汇票的付款期限,最长不得超过 6 个月。

2. 办理付款或拒绝付款

(1) 商业承兑汇票的付款。商业承兑汇票的付款人开户银行收到通过委托收款寄来的商业承兑汇票后,将商业承兑汇票留存,并及时通知付款人。付款人收到开户银行的付款通知后,应在当日通知银行付款;付款人在接到通知日的次日起 3 日内(遇法定休假日顺延,下同)未通知银行付款的,视同付款人承诺付款。付款人提前收到由其承兑的商业汇票的,应通知银行于汇票到期日付款。银行应于汇票到期日将票款划给持票人。

付款人存在合法抗辩事由拒绝支付的,应自接到通知的次日起 3 日内,做成拒绝付款证明送交开户银行,银行将拒绝付款证明和商业承兑汇票邮寄持票人开户银行转交持票人。

(2) 银行承兑汇票的付款。银行承兑汇票的出票人应于汇票到期前将票款足额交存其开户银行。承兑银行应在汇票到期日或到期日后的见票当日支付票款。承兑银行存在合法抗辩事由拒绝支付的,应自接到商业汇票的次日起 3 日内,做成拒绝付款证明,连同银行承兑汇票邮寄持票人开户银行转交持票人。

银行承兑汇票的出票人于汇票到期日未能足额交存票款时,承兑银行除凭票向持票人无条件付款外,对出票人尚未支付的汇票金额按照每天 0.05% 计收利息。银行承兑汇票的付款人存在合法抗辩事由拒绝支付的,应自接到汇票的次日起 3 日内,做成拒绝付款证明,连同银行承兑汇票邮寄持票人开户银行转交持票人。

(五) 商业汇票的贴现

1. 贴现的概念

贴现是指票据持票人在票据未到期前为获得现金向银行贴付一定利息而发生的票据转让行为。通过贴现,贴现银行获得票据的所有权。

2. 贴现的基本规定

(1) 贴现条件。商业汇票的持票人向银行办理贴现必须具备下列条件:在银行开立存款账户的企业法人以及其他组织;与出票人或者直接前手之间具有真实的商品交易关系;提供与其直接前手之间进行商品交易的增值税发票和商品发运单据复印件。

(2) 贴现利息的计算。贴现的期限从其贴现之日起至汇票到期日止。实付贴现金额按票面金额扣除贴现日至汇票到期前 1 日的利息计算。承兑人在异地的,贴现的期限以及贴现利息的计算应另加 3 天的划款日期。

(3) 贴现的收款。贴现到期, 贴现银行应向付款人收取票款。不获付款的, 贴现银行应向其前手追索票款。贴现银行追索票款时可从申请人的存款账户直接收取票款。

【例 9-27】 下列关于商业汇票的说法中, 正确的有()。

- A. 自然人不得使用商业汇票
- B. 持票人持商业汇票申请贴现, 必须具有真实贸易背景
- C. 商业汇票的提示付款期限为自汇票出票日起 10 日
- D. 商业汇票的付款期限, 最长不得超过 6 个月

【解析】 正确答案为 ABD。商业汇票的提示付款期限为自汇票到期日起 10 日。

三、银行本票

(一) 银行本票的概念及适用范围

本票是指出票人签发的, 承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。在我国, 本票仅限于银行本票, 即银行出票, 银行付款。银行本票可以用于转账, 注明“现金”字样的银行本票可以用于支取现金。单位和个人在同一票据交换区域需要支付各种款项的, 均可以使用银行本票。

(二) 银行本票的出票

1. 申请

申请人使用银行本票, 应向银行填写“银行本票申请书”, 填明收款银行承兑汇票流转程序人名称、申请人名称、支付金额、申请日期等事项并签章。申请人和收款人均为个人需要支取现金的, 应在“金额”栏先填写“现金”字样, 后填写支付金额。申请人或收款人为单位的, 不得申请签发现金银行本票。

2. 受理

出票银行受理“银行本票申请书”, 收妥款项, 签发银行本票。签发银行本票必须记载下列事项: 表明“银行本票”的字样; 无条件支付的承诺; 确定的金额; 收款人名称; 出票日期; 出票人签章。欠缺记载上列事项之一的, 银行本票无效。

用于转账的, 在银行本票上划去“现金”字样; 申请人和收款人均为个人需要支取现金的, 在银行本票上划去“转账”字样。出票银行在银行本票上签章后交给申请人。申请人或收款人为单位的, 银行不得为其签发现金银行本票。出票银行必须具有支付本票金额的可靠资金来源, 并保证支付。

3. 交付

申请人应将银行本票交付给本票上记明的收款人。收款人受理银行本票时, 应审查下列事项: ①收款人是否确为本单位或本人; ②银行本票是否在提示付款期限内; ③必须记载的事项是否齐全; ④出票人签章是否符合规定, 大小写出票金额是否一致; ⑤出票金额、出票日期、收款人名称是否更改, 更改的其他记载事项是否由原记载人签章证明。

收款人可以将银行本票背书转让给被背书人。被背书人受理银行本票时, 除进行上述审查外, 还应审查下列事项: ①背书是否连续, 背书人签章是否符合规定, 背书使用粘单的是否按规定签章; ②背书人个人的身份证件。

（三）银行本票的付款

银行本票见票即付。银行本票的提示付款期限自出票日起最长不得超过 2 个月。本票的出票人在持票人提示见票时，必须承担付款的责任；持票人超过提示付款期限不获付款的，在票据权利时效内向出票银行作出说明，并提供本人身份证件或单位证明，可持银行本票向出票银行请求付款。

在银行开立存款账户的持票人向开户银行提示付款时，应在银行本票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章，签章须与预留银行签章相同，并将银行本票、进账单送交开户银行。银行审查无误后办理转账。

未在银行开立存款账户的个人持票人，凭注明“现金”字样的银行本票向出票银行支取现金的，应在银行本票背面签章，记载本人身份证件名称、号码及发证机关，并交验本人身份证件及复印件。

【例 9-28】 下列关于银行本票的说法中，正确的有（ ）。

- A. 银行本票的提示付款期限自出票日起最长不得超过 2 个月
- B. 申请人或收款人为单位的，银行不得为其签发现金银行本票
- C. 银行本票见票即付
- D. 单位存款人向自己的开户银行提示付款时，应在银行本票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章，签章须与预留银行签章相同

【解析】 正确答案为 ABCD，参见“银行本票”部分的相关阐述。

（四）银行本票退款及丧失

申请人因银行本票超过提示付款期限或其他原因要求退款时，应将银行本票提交到出票银行。申请人为单位的，应出具该单位的证明；申请人为个人的，应出具本人的身份证件。出票银行对于在本行开立存款账户的申请人，只能将款项转入原申请人账户；对于现金银行本票和未在本行开立存款账户的申请人，才能退付现金。

银行本票丧失，失票人可以凭人民法院出具的其享有票据权利的证明，向出票银行请求付款或退款。

四、支票

（一）支票的概念、种类及适用范围

1. 支票的概念

支票是指出票人签发的、委托办理支票存款业务的银行在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。支票的基本当事人包括出票人、付款人和收款人。出票人即存款人，是在批准办理支票业务的银行机构开立可以使用支票的存款账户的单位和个人；付款人是出票人的开户银行；持票人是票面上填明的收款人，也可以是经背书转让的被背书人。

2. 支票的种类

支票分为现金支票、转账支票和普通支票三种。支票上印有“现金”字样的为现金支票，现金支票只能用于支取现金。支票上印有“转账”字样的为转账支票，转账支票只能用于转账。支票上未印有“现金”或“转账”字样的为普通支票，普通支票既可以用于支取现金，

也可以用于转账。在普通支票左上角划两条平行线的，为划线支票，划线支票只能用于转账，不得支取现金。

3. 支票的适用范围

单位和个人在同一票据交换区域的各种款项结算，均可以使用支票。

（二）支票的出票

1. 开立支票存款账户

开立支票存款账户，申请人必须使用本名，提交证明其身份的合法证件，并应当预留其本名的签名式样和印鉴。开立支票存款账户和领用支票，应当有可靠的资信。

2. 出票

（1）支票的记载事项。签发支票必须记载下列事项：表明“支票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款人名称；出票日期；出票人签章。支票上未记载前述规定事项之一的，支票无效。其中，支票的“付款人”为支票上记载的出票人开户银行。

支票的金额、收款人名称，可以由出票人授权补记，未补记前不得背书转让和提示付款。支票上未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地。支票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。出票人可以在支票上记载自己为收款人。

（2）签发支票的注意事项。支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的，为空头支票。禁止签发空头支票。支票的出票人不得签发与其预留的签名式样或者印鉴不符的支票。

对于支票上的出票人的签章，出票人为单位的，为与该单位在银行预留签章一致的财务专用章或者公章加其法定代表人或者其授权的代理人的签名或者盖章；出票人为个人的，为与该个人在银行预留签章一致的签名或者盖章。支票的出票人预留银行签章是银行审核支票付款的依据。出票人不得签发与其预留银行签章不符的支票。

（三）支票付款

1. 提示付款

支票的提示付款期限为自出票日起10日。持票人可以委托开户银行收款或直接向付款人提示付款。用于支取现金的支票仅限于收款人向付款人提示付款。

持票人委托开户银行收款时，应作委托收款背书，在支票背面背书人签章栏签章、记载“委托收款”字样、背书日期，在被背书人栏记载开户银行名称，并将支票和填制的进账单送交开户银行。持票人持用于转账的支票向付款人提示付款时，应在支票背面背书人签章栏签章，并将支票和填制的进账单送交出票人开户银行。收款人持用于支取现金的支票向付款人提示付款时，应在支票背面“收款人签章”处签章，持票人为个人的，还需交验本人身份证件，并在支票背面注明证件名称、号码及发证机关。

2. 付款

出票人必须按照签发的支票金额承担保证向该持票人付款的责任。出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在见票当日足额付款。付款人依法支付支票金额的，对出票人不再承担受委托付款的责任，对持票人不再承担付款的责任。但付款人以恶意或者有重大过失付款的除外。

【例 9-29】 下列关于支票的说法中,错误的有()。

- A. 支票的提示付款期限为自出票日起 10 日
- B. 支票的出票人预留银行签章是银行审核支票付款的依据,出票人不得签发与其预留银行签章不符的支票
- C. 支票的金额、收款人名称、出票日期,可以由出票人授权补记
- D. 出票人签发的支票金额超过其签发时在付款人处实有的存款金额的,为空头支票

【解析】 正确答案为 CD。支票的出票日期,不可以授权补记,故选项 C 错误;出票人签发的支票金额超过其付款时而不是签发时在付款人处实有的存款金额的,为空头支票,故选项 D 错误。

【例 9-30】 2012 年 11 月 7 日, F 市 A 公司经办人员将本单位转账支票一张,交给办公用品供货某商场供货人员,并授权其补记支票金额。8 日,该供货人员将办公用品以及商场开具的办公用品商业发票交给 A 公司经办人员, A 公司经办人员根据商业发票在转账支票存根联填写相关内容。

2012 年 12 月 4 日, A 公司财会人员在与开户行对账时发现,其 2012 年 11 月 7 日签发的支票,银行实际付款金额为 47 000 元,与该商场出具的商业发票存根相差 17 000 元。经调查,此系商场财会人员擅自扩大了支票补记金额所致。于是 A 公司决定诉至人民法院,要求商场退还多收部分款项,并要求开户行承担利息损失。分析 A 公司的主张是否正确。

【解析】 不正确。在经济活动中,部分采购交易的金额往往不能事先确定。为方便使用支票采购交易,《票据法》第八十五条规定,“支票上的金额可以由出票人授权补记,未补记前的支票,不得使用”。《支付结算办法》第一百一十九条规定,“支票的金额、收款人名称,可以由出票人授权补记。未补记前不得背书转让和提示付款”。

根据以上规定,授权补记金额的支票在被授权人补记完整前,不得使用;但一旦补记完整,就成为记载事项齐全的票据,就可以流通转让或提示付款。本案例中银行根据出票人的委托办理付款,无法判别该支票金额是否超越授权补记权限,因此不应承担 A 公司主张的利息损失,利息损失应由商场承担。被授权人超出授权范围,擅自增大补记金额,一则是不讲信用的体现;二则所得多余款项属于不当得利,应无条件退还出票人,并应承担自付款日起至返还日止按照规定利率计算的利息。授权补记的支票存在一定的风险,除非交易双方存在可靠的商业信誉关系,否则应谨慎签发。

单元六 现金管理条例

一、现金管理概述

现金管理是我国一项重要的财经制度,为改善现金管理,促进商品生产和流通,加强对社会经济活动的监督,1988 年 9 月 8 日国务院发布了《中华人民共和国现金管理暂行条例》(以下简称《现金管理暂行条例》)。

(一) 现金管理范围

现金管理的范围即《现金管理暂行条例》的适用范围,凡在银行和其他金融机构(以下简称“开户银行”)开立账户的机关、团体、部队、企业、事业单位和其他单位(以下简称“开

户单位”),必须执行本细则,接受开户银行的监督。开户银行包括:各专业银行,国内金融机构,经批准在中国境内经营人民币业务的外资、中外合资银行和金融机构。企业包括:国家企业、城乡集体企业(包括村办企业)、联营企业、私营企业(包括个体工商户、农村承包经营户)。

(二) 现金管理体制

现金管理体制,是指由谁来管和管理权限的划分等问题,主要包括以下内容。

(1) 中国人民银行总行是现金管理的主管部门。各级人民银行要严格履行金融主管机关的职责,负责对开户银行的现金管理进行监督和稽核。

(2) 开户银行负责现金管理的具体执行,对开户单位的现金收支、使用进行监督管理。一个单位在几家银行开户的,只能在一家银行开设现金结算户,支取现金,并由该家银行负责核定现金库存限额和进行现金管理检查。当地人民银行要协同各开户银行,认真清理现金结算账户,负责将开户单位的现金结算户落实到一家开户银行。

(3) 各开户单位按财务会计制度的规定管理现金。机关、团体、部队、企业、事业单位必须由财会部门负责现金管理,具体到财会部门内部必须由专职(或兼职)的出纳人员负责管理现金,出纳人员不能兼管稽核和收入、费用、债权债务账簿的登记、会计档案的保管工作。

二、现金的管理与监督

(一) 现金的使用范围

开户单位之间的经济往来,必须通过银行进行转账结算。根据国家的有关规定,开户单位只可在下列范围内使用现金。

- (1) 职工工资、各种工资性津贴。
- (2) 个人劳动报酬,包括稿费和讲课费及其他专门工作报酬。
- (3) 支付给个人的各种奖金,包括根据国家规定颁发给个人的各种科学技术、文化艺术、体育等各种奖金。
- (4) 各种劳保、福利费用以及国家规定的对个人的其他现金支出。
- (5) 收购单位向个人收购农副产品和其他物资支付的价款。
- (6) 出差人员必须随身携带的差旅费。
- (7) 结算起点以下的零星支出。
- (8) 确实需要现金支付的其他支出。

结算起点为1 000元,需要增加时由中国人民银行总行确定后,报国务院备案。除上述范围第(5)、(6)项外,开户单位支付给个人的款项中,支付现金每人一次不得超过1 000元,超过限额部分,根据提款人的要求在指定的银行转为储蓄存款或以支票、银行本票支付。确需全额支付现金的,应经开户银行审查后予以支付。

(二) 库存现金限额

为满足开户单位日常零星开支的需要,国家规定开户单位可以保留一定数额的库存现金。其最高限度,称为库存现金限额。

1. 库存现金限额由开户银行核定

各开户单位的库存现金都要核定限额。库存现金限额应当由开户单位提出计划，报开户银行审批。经核定的库存现金限额，开户单位必须严格遵守。

各开户单位的库存现金限额，由于生产或业务变化，需要增加或减少时，应向开户银行提出申请，经批准后再行调整。

2. 库存现金的开户原则

开户银行根据实际需要，原则上以开户单位 3~5 天的日常零星开支所需核定库存现金限额。边远地区和交通不发达地区的开户单位的库存现金限额，可以适当放宽，但最多不得超过 15 天的日常零星开支。

（三）现金的收入和支出

1. 现金收入

开户单位收入现金应于当日送存开户银行，当日送存确有困难的，由开户银行确定送存时间。

2. 现金支出

开户单位支付现金，可从本单位现金库存中支付或者从开户银行提取，不得从本单位的现金收入中直接支付（即坐支）；需要坐支现金的单位，要事先报经开户银行审查批准，由开户银行核定坐支范围和限额。坐支单位必须在现金账上如实反映坐支金额，并按月向开户银行报送坐支金额和使用情况。

开户单位从开户银行提取现金的，应当如实写明用途，由本单位财会部门负责人签字盖章，并经开户银行审查批准，予以支付。

（四）现金管理纪律

开户单位必须建立健全现金账目，逐笔记载现金支付，账目要日清月结，做到账款相符。不准用不符合财务制度的凭证顶替库存现金；不准单位之间相互借用现金；不准谎报用途套取现金；不准利用银行账户代其他单位和个人存入或支取现金；不准将单位收入的现金以个人名义存入储蓄；不准保留账外公款（即小金库）；禁止发行变相货币，不准以任何票券代替人民币在市场上流通。



一、单项选择题

1. 根据《支付结算办法》的规定，下列各项中，属于收款人根据购销合同发货后委托银行向异地付款人收取款项，付款人向银行承兑付款的结算方式是（ ）。

- A. 汇兑结算方式
- B. 信用证结算方式
- C. 托收承付结算方式
- D. 委托收款结算方式

2. 根据《支付结算办法》的规定，办理托收承付的条件是（ ）。

- A. 收付双方必须是国有企业
- B. 收付双方必须签有合法的代销合同
- C. 结算款项的收款人可选用邮寄的划回方式
- D. 每笔金额起点为 100 000 元

3. 汇款人委托银行将款项汇给异地收款人的结算方式是()。
- A. 汇兑 B. 委托收款 C. 托收承付 D. 支票结算
4. 根据《银行结算账户管理办法》的规定, 下列银行结算账户中, 存款人办理支取职工工资、资金的是()。
- A. 基本存款账户 B. 专用存款账户
C. 一般存款账户 D. 临时存款账户
5. 在我国, 负责现金管理的国家机关是()。
- A. 各级财政机关 B. 中国人民银行
C. 国有商业银行 D. 国家政策性银行
6. 根据《银行结算账户管理办法》的规定, 存款人在异地从事临时经营活动的, 只能通过()办理。
- A. 基本存款账户 B. 专用账户
C. 一般账户 D. 临时存款账户
7. 根据《支付结算办法》的规定, 下列各项中, 信用卡的持卡人可以使用单位卡的情形是()。
- A. 购买价值 9 万元的计算机 B. 存入销货收入的款项
C. 支付 12 万元的劳务费用 D. 支取现金
8. 单位卡的持卡人()。
- A. 不得用于 10 万元以上的商品交易 B. 不得用于 5 万元劳务供应款项的结算
C. 可以支取现金 D. 可以存入现金
9. 甲、乙两公司签订买卖合同, 双方约定采用托收承付、验货付款结算方式。2013 年 4 月 1 日, 运输部门向付款人甲公司发出提货通知, 根据《支付结算办法》的规定, 如不考虑法定节假日因素, 甲公司的承付期满日为()。
- A. 4 月 4 日 B. 4 月 5 日 C. 4 月 11 日 D. 4 月 16 日
10. 甲、乙两公司签订买卖合同, 双方约定采用托收承付、验单付款结算方式。2013 年 4 月 1 日, 付款人开户银行向付款人甲公司发出承付通知, 甲公司于 4 月 3 日收到承付通知。根据《支付结算办法》的规定, 如不考虑法定节假日因素, 甲公司的承付期满日为()。
- A. 4 月 4 日 B. 4 月 5 日 C. 4 月 6 日 D. 4 月 7 日

二、多项选择题

1. 办理支付结算时, 下列情形下, 银行不予受理的有()。
- A. 未使用中国人民银行统一规定格式 B. 更改过金额
C. 金额大、小写不一致 D. 使用外国文字
2. 存款人申请开立基本存款账户, 应当向开户银行出具的证明文件有()。
- A. 当地工商局核发的《企业法人营业执照》或《营业执照》正本
B. 承包双方签订的承包协议
C. 个人居民身份证和户口簿
D. 担保人的担保证明
3. 专用存款账户的适用范围主要包括()。
- A. 基本建设资金 B. 更新改造资金
C. 财政预算外资金 D. 证券交易结算资金

4. 存款人应向开户银行提出撤销银行结算账户申请的情形有（ ）。
A. 被撤并、解散、宣告破产或关闭的
B. 注销、被吊销营业执照的
C. 因迁址需要变更开户银行的
D. 其他原因需要撤销银行结算账户的
5. 对持卡人透支款项和诈骗款项，采用的适当追偿方式有（ ）。
A. 扣减持卡人保证金
B. 依法处置抵押物和质物
C. 向保证人追索透支款项
D. 通过司法机关的诉讼程序进行追索等
6. 信用卡是指商业银行向个人和单位发行的，（ ）的特制载体卡片。
A. 凭其向特约单位购物
B. 凭其向特约单位消费
C. 向银行提取现金
D. 具有消费信用
7. 下列情形下，托收承付的付款人在承付期内可以向银行提出全部或部分拒绝付款的有（ ）。
A. 赊销商品的款项
B. 购销合同中未订明异地托收承付结算方式的款项
C. 未按合同约定的到货地址发货的款项
D. 计算有错误的款项
8. 开户单位可在规定范围内使用现金。可使用现金的范围包括（ ）。
A. 职工工资、各种工资性津贴
B. 个人劳动报酬，包括稿费 and 讲课费及其他专门工作报酬
C. 各种劳保、福利费用以及国家规定的对个人的其他现金支出
D. 出差人员必须随身携带的差旅费
9. 存款人可以申请开立临时存款账户的是（ ）。
A. 设立临时机构
B. 异地临时经营活动
C. 注册验资
D. 异地支付
10. 关于基本存款账户、专用存款账户、一般存款账户、临时存款账户之间的区别，下列说法正确的有（ ）。
A. 一个企业只能开立一个基本账户
B. 一般账户可开立多个，但不能办理取现
C. 临时账户一般是为了办理某项业务而临时办理的
D. 专用存款账户一般针对某一个项目，如贷款项目建的账户，专款专用

三、判断题

1. 委托收款方式既可以同城使用，也可以异地使用。（ ）
2. 银行是支付结算和资金清算的中介机构。（ ）
3. 委托收款只能在同城使用，不能在异地使用。（ ）
4. 代销、寄销、赊销商品的款项，不得办理托收承付结算。（ ）
5. 按发行对象的不同分为人民币卡、外币卡。（ ）
6. 临时存款账户的有效期限最长不得超过 1 年。（ ）
7. 贷记卡的持卡人选择最低还款额方式或者超过发卡银行批准的信用额度用卡时，仍可享受免息还款期待遇。（ ）

8. 一般存款账户可以办理现金缴存,但不得办理现金支取。()

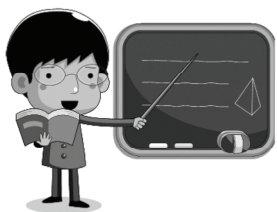
9. 一般账户可开立多个,随时能办理取现。()

10. 单位现金的使用和管理必须符合相关的规定。()

四、综合题

A公司向B公司出售一批商品,并签订供销合同。A公司按期供货后,根据供货合同和发货单,采用异地托收承付结算方式结算货款。B公司于3月20日接到付款通知,3月22日填制拒付理由书拒绝付款,认为合同中未事先约定明确的结算方式,且收款委托中未注明合同号,后经双方协商改为汇票结算方式。B公司于4月6日向A公司出具面额为30万元的汇票,期限为5个月。A公司取得票据后不慎被C盗窃并将票面金额改为50万元,并在票据背书添加“A将票据背书转让给C”的字样,盗盖A公司公章;之后C又将该票据背书转让给D,D又背书转让给E。E到期向B公司提示付款,B公司以A公司取得票据时未支付对价为由拒付。E取得拒付理由书后,向D发出书面追索通知,追索金额包括票据金额50万元、逾期付款利息及发出追索通知费用2万元。D以追索金额52万元超过票据金额为由拒绝付款。C认为背书时未注明背书时间且票据也未注明付款日期,票据要件不全,拒绝承担责任。A公司以该票据被C变造且又未接到追索通知为由拒绝承担责任。要求:根据所述材料回答下列问题。

- (1) A、B两公司采用托收承付结算方式结算货款时,B公司的拒付理由是否充分?
- (2) B公司对到期票据拒付的理由是否充分?
- (3) C、D不承担连带责任的理由是否充分?
- (4) C对该票据应承担哪些责任,其行为属于何种行为?
- (5) 若C对该票据属正常背书取得,A未接到追索通知,A是否应承担连带责任?



模块十

消费者权益保护法



知识目标

掌握消费者权益争议的解决途径和违反《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)行为应承担的法律责任;熟悉消费者享有的权利和经营者应承担的义务;熟悉消费者权益的国家保护、社会保护和国际保护;了解消费者和经营者的含义及特征。

能力目标

能判断哪些是消费者应享有的权利和经营者应承担的义务;能区分消费者权益的国家保护、社会保护和国际保护;能通过分析选择正确的解决争议的途径及判断相关的法律责任。

态度目标

培养依法维权意识。



案例导入

消费者何某在广联百货商场购买了一台价值 3 700 元的彩色电视机,使用不到 1 个月,电视机因显像管有问题,不能使用,何某到原购买地点要求退货,但此时广联百货商场因经营不善已被胜大百货公司兼并。何某即要求胜大百货公司对此事负责,胜大百货公司以广联的事与自己无关为由拒绝。该案应如何处理?

单元一 《消费者权益保护法》概述

一、消费者、消费者权益和消费者权益保护法的概念及特征

(一) 消费者的概念及特征

1. 消费者的概念

所谓消费者,国际标准化组织“消费者政策委员会”1978 年 5 月 10 日在日内瓦召开的第一届年会上把“消费者”一词定义为“为个人目的购买或使用商品和服务的个体社会成员”。

我国《消费者权益保护法》第二条规定,“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护”。其中所涉及的“消费者”,主要是指生活资料的消费者,在特殊情况下也包括生产资料的消费者,如农民的生产性消费活动等。

由此可见,所谓的消费者,是指为生活消费的需要而购买、使用商品或接受服务的居民。此处居民指的是自然人或个体社会成员。

2. 消费者的特征

(1) 消费者是购买、使用商品或接受服务的居民,为了生活需要而购买商品或接受服务的人。

(2) 消费者消费的客体包括商品和服务。

(3) 消费者的消费方式包括购买、使用(商品)和接受(服务)。

(4) 消费者的消费是生活性消费。

(二) 消费者权益的概念及特征

消费者权益,是指消费者依法享有的权利及该权利受到保护时而给消费者带来的应得利益。因此,消费者权益可理解为消费者的权利与利益的合称。其主要特征如下。

(1) 权利的享有主体是消费者。

(2) 消费者的权利是消费者可以实施某种行为的可能性。

(3) 消费者权利是消费者所享有的法定权利。

(4) 消费者的权利是法律基于消费者的弱者地位而特别赋予的权利。

(三) 消费者权益保护法的概念及特征

消费者权益保护法是指旨在保护消费者的各项基本权利,不使消费者因购买、使用商品或者接受服务时遭受损害的各项法律规范的总称。可分为广义和狭义两种。

(1) 狭义的保护消费者权益的法律,一般特指《消费者权益保护法》。

(2) 广义的保护消费者权益的法律,通常泛指与保护消费者合法权益有关的法律、法规的总称,其内容包括物价、质量、标准、计量、安全、商标、广告以及化工、食品、药品等方面的法律、法规中有关保护消费者合法权益的规定。

《消费者权益保护法》由中华人民共和国第八届全国人民代表大会常务委员会第四次会议于1993年10月31日通过,自1994年1月1日起施行。

二、《消费者权益保护法》的基本原则

(一) 国家保护原则

国家保护消费者的合法权益不受侵害。国家采取措施,保障消费者依法行使权利,维护消费者的合法权益。

(二) 全社会保护原则

保护消费者的合法权益是全社会的共同责任。国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。社会保护原则具体体现为社会力量的监督作用。

(三) 法律保护与经济发展水平相适应原则

各国在不同时期,由于物质经济条件的局限,对消费者权益进行国家保护和社会保护的法律原则的贯彻并非是绝对的、无条件的,而应与经济发展水平相协调。过度的保护不仅不

能促进经济的协调运行,反而会抑制甚至侵害了与消费者相对应的经营者的合法权益。这就构成了《消费者权益保护法》的适度原则,即法律保护与经济发展水平相适应原则。适度保护主要体现在对经营者责任的认定和对消费者损害赔偿的额度规定两个方面。我国《消费者权益保护法》对经营者的责任认定基本上采用以过错责任制度为主的归责原则;在消费者损害赔偿制度中,除了经营者的欺诈行为造成消费者的损失应当加大赔偿额以外,基本以赔偿物质损失为主,而对精神损失的赔偿则持慎重态度。

三、《消费者权益保护法》的适用对象

我国《消费者权益保护法》规定:消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护。这就明确了《消费者权益保护法》适用于消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的情况。

(1) 消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的,适用《消费者权益保护法》。

(2) 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料时,参照《消费者权益保护法》执行。

(3) 经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供的服务,适用于《消费者权益保护法》。

【例 10-1】 下列各项中,属于《消费者权益保护法》调整对象的是()。

A. 消费者为生产需要购买、使用商品或接受服务时所发生的法律关系

B. 各商家为经营需要而发生的购销关系

C. 消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务而发生的法律关系

D. 消费者为盈利而进行的购销活动

【解析】 正确答案为 C。《消费者权益保护法》规定:“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护。”

单元二 消费者的权利与经营者的义务

一、消费者的权利

消费者的权利,是指在消费活动中,消费者依法享有的各项权利的总和。我国的《消费者权益保护法》在广泛吸取各国及国际消费者保护立法经验的基础上,规定消费者享有九项权利。

1. 安全保障权

安全保障权,简称安全权,是消费者最基本的也是最主要的权利,也是宪法赋予公民的人身权、财产权在消费领域的体现。它是消费者在购买、使用商品和接受服务时所享有的保障其人身、财产安全不受损害的权利。安全权包括以下两方面的内容。

(1) 人身安全权,即消费者的生命安全和健康安全不受损失的权利。

(2) 财产安全权,即消费者的财产不受损失的权利。财产安全不仅指交易标的财产的安全,也包括消费者其他财产的安全。

消费者在整个消费过程中都享有安全权。这就要求:①经营者提供的商品必须具有合理的安全性,不得提供有可能对消费者人身及财产造成损害的不安全、不卫生的产品;②经营者向消费者提供的服务必须有可靠的安全保障;③经营者提供的消费场所应具有必要的安全

保障,使消费者能在安全的环境中选购商品及接受服务。

2. 知悉真情权

知悉真情权又称获取信息权、了解权,是指消费者在购买、使用商品或者接受服务时,有权询问、了解商品或者服务的有关真实情况的权利,而提供商品或者服务的经营者有义务真实地向消费者说明有关情况。我国《消费者权益保护法》第八条规定:“消费者有权根据商品或者服务的不同情况,要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务,或者服务的内容、规格、费用等有关情况。”

3. 自主选择权

自主选择权是指消费者享有的自主选择商品或者服务的权利,可以根据自己的经验、喜好、判断等自主地选择商品或服务,不受任何人的强制。而经营者只能通过合法的途径吸引消费者,不得通过各种理由限制消费者的选择权,不得以强买强卖方式或联手方式,或价格垄断,或搭售等不正当手段提供商品或服务。自主选择权主要包括以下几个方面的内容。

- (1) 有权自主选择提供商品或者服务的经营者。
- (2) 有权自主选择商品品种或者服务方式。
- (3) 有权自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。
- (4) 在自主选择商品或服务时,有权对其进行比较、鉴别和挑选。

【例 10-2】2000 年 5 月 18 日,刘茂通在联通公司营业部购买了手机一部,并办理了 GSM “如意行”业务服务合同,当时他在合同上签完字后,联通公司即称其可以免费使用“来电显示”业务,至于是否一直免费,服务登记表上没有说明。而 2004 年 4 月 7 日,联通公司突然在媒体上刊登业务通告,称从 2005 年 5 月 1 日起,将对 2003 年 5 月 1 日以前入网的联通用户收取每月 5 元的“来电显示”费,用户如不办理来电显示关闭手续,公司将开始对老客户收取“来电显示”费。刘茂通认为联通公司未经作为平等主体的广大老客户的认可,单方变更履行合同义务的行为是无效行为,侵犯了包括原告在内的广大联通老客户的合法权益。2004 年 4 月 16 日,刘茂通将联通公司起诉到人民法院,请求依法判令被告单方变更合同的行为无效,并承担本案的诉讼费用。联通公司认为:其所提供的“来电显示”是一种增值服务,手机的基本功能只是通话,来电显示是补充业务,是独立的可供选择的增值业务。请问:刘茂通的诉讼能否得到人民法院支持?

【解析】《消费者权益保护法》第九条规定:“消费者享有自主选择商品或者服务的权利。消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者,自主选择商品品种或者服务方式,自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。”由于联通公司和移动公司在中国的垄断地位,目前谈手机用户自主选择服务,是不现实的。但是,手机用户完全有权利选择接受或者不接受某项服务。如果在 2004 年 5 月 1 日以前,联通公司就告知手机用户,来电显示在将来会收费的,那么,手机用户就会根据自己的实际情况进行选择,至少有以下几种不同的选择方式:①不接受来电显示服务;②无论收费与否都接受来电显示服务;③在免费时接受来电显示服务,不免费的时候不接受来电显示服务;④在免费期间不接受来电显示服务,而收费时接受来电显示服务。这四种选择方式都是手机用户的自由。而联通公司恰恰没有尊重消费者的这些多样性的自主选择权,使很多人的权利不能有效地行使。因此,刘茂通的诉讼会得到人民法院的支持。

4. 公平交易权

市场交易的基本规则是自由、公平、诚实信用、遵守法律规范、不得违反公认的商业道德。因此，消费者和经营者都享有公平交易的权利。我国《消费者权益保护法》将这一权利的主要内容规定为“消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。”

5. 求偿权

求偿权又称获取赔偿权，是法律赋予公民的一项重要权利，其基本含义是当公民的合法权益受到他人的不法侵害而导致人身、财产损失时，可以依法要求侵权人予以赔偿。《消费者权益保护法》第三十六条规定：消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。享有求偿权的主体是因购买、使用商品或者接受服务而受到人身、财产损害的消费者，包括以下几种类型：商品的购买者、商品的使用者、服务的接受者、第三人。

6. 结社权

结社权指的是消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利，它是宪法权利在消费领域的具体体现。之所以要赋予消费者结社权，是因为在市场经济条件下，消费者和经营者的利益在某种程度上是对立的，而单个消费者在与经营者的较量中无论经济实力还是经营知识都始终处于弱势地位。赋予消费者以结社权，使消费者通过有组织的活动，维护自身合法权益是非常必要的，也是国家鼓励全社会共同保护消费者合法权益的体现。

7. 求教获知权

求教获知权，又称受教育权、获取有关知识权，是从知悉真情权中引申出来的一种消费者权利，它指的是消费者所享有的获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。求教获知权包括以下两方面的内容。

(1) 获得有关消费方面的知识，例如有关消费观的知识，有关商品和服务的基本知识，有关市场的基本知识；

(2) 获得有关消费者权益保护方面的知识，例如消费者权益保护的法律、法规和政策，以及保护机构和争议解决途径等方面的知识。

8. 维护尊严权

维护尊严权是指消费者在购买、使用商品和接受服务时所享有的其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。我国《宪法》、《刑法》和《民法通则》都有规定，公民的人格尊严不受侵犯，禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。尊重消费者的人格尊严和民族习俗，是社会文明进步的表现，也是尊重和保障人权的重要内容。

9. 监督批评权

消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利，简称监督权。依据我国《消费者权益保护法》第十五条的规定，消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。此外，消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。

【例 10-3】 下列属于消费者权益的有 ()。

A. 知悉真情权 B. 免费品尝权 C. 自主选择权 D. 赊销权

【解析】 正确答案为 AC。《消费者权益保护法》规定，消费者享有下列权利：安全保障

权、知悉真情权、自主选择权、公平交易权、求偿权、结社权、求教获知权、维护尊严权、监督批评权。

二、经营者的义务

经营者是指向消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的公民、法人或者其他经济组织，是以盈利为目的从事生产经营活动并与消费者相对应的另一方当事人。

我国《消费者权益保护法》规定的经营者具有以下基本特征。

(1) 经营者包括生产者、销售者和服务者。经营者的经营活动，不单指商品销售，也包括商品的生产和有偿服务活动，这是市场经济条件下经营的基本含义。

(2) 经营者是与消费者相对应的另一方当事人。经营者是相对于消费者而言的，由于他们向消费者提供了商品或者服务，才使得消费者的消费需要得以满足。经营者向消费者提供商品或者服务的方式包括直接提供和间接提供。按照我国有关法律、法规的规定，经营者应当是依法登记注册的从事生产经营活动的单位和个人。但在实践中，向消费者提供商品或者服务的单位和个人也存在未登记的情况。

(3) 经营者提供商品或者服务以直接盈利为目的。以盈利为目的，在经营者的行为上体现为向消费者提供的商品和服务是有偿的。非以有偿方式提供商品和服务的单位和个人不是经营者。

由于经营者是为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的市场主体，是与消费者直接进行交易的另一方，经营者的义务是与消费者的权利对立统一的，因此，明确经营者的义务对于保护消费者权益至为重要。我国《消费者权益保护法》第三章对经营者的义务作了专门规定。

1. 依法定或约定履行的义务

这是对经营者义务的一般性、概括性规定。要求经营者向消费者提供商品或者服务，应依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。

2. 听取意见和接受监督的义务

经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。这是与消费者的监督批评权又称质询权相对应的经营者的义务，对此加以法律规定对于改善消费者的地位是甚有裨益的。消费者不论是否购买商品都有权对经营者及经营者的商品提出意见和建议。

3. 保障人身和财产安全的义务

这是与消费者的安全保障权相对应的经营者的义务。经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应向消费者作出真实的说明和明确警示，并说明和标明正确使用商品或接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告，由有关部门告知消费者，并采取防止危害发生的措施。

4. 不作虚假宣传的义务

这是与消费者的知悉真情权相对应的经营者的义务。经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传，否则即构成侵犯消费者权益的行为和不正当竞争行为。

5. 标明真实名称和标记的义务

经营者应当标明其真实名称和标记。如果经营者不标明其真实名称和标记,而是冒用其他经营者的名称或商品和服务的标记,不仅侵犯了其他经营者的合法权益,而且侵犯了消费者的合法权益。

6. 出具相应的凭证和单据的义务

经营者提供商品或者服务,应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据;消费者索要购货凭证或者服务单据的,经营者必须出具。

7. 保证质量的义务

经营者的质量义务以消费者正常使用商品或者接受服务为前提,经营者应当保证在正常使用商品或者提供服务的情况下说明其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限,能够满足消费者的需求;但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵的除外。

8. 履行“三包”或其他责任的义务

经营者提供商品或者服务,按照国家规定或者与消费者的约定,承担包修、包换、包退或者其他责任的,应当按照国家规定或者约定履行,不得故意拖延或者无理拒绝。

【例 10-4】 张某从某电器商店购买了一台空调,商家承诺实行“三包”,商家上门安装时发现空调不能工作,于是张某要求商家更换。请问:张某的要求是否合法?

【解析】 张某的要求合法。因为根据《消费者权益保护法》的规定,经营者提供商品或者服务,按照国家规定或者与消费者的约定,承担包修、包换、包退或者其他责任。

9. 不得单方作出对消费者不利规定的义务

为了保障消费者的公平交易权,经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定,或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。凡属对消费者不公平、不合理或者片面减轻、免除应承担的民事责任的格式条款、店堂告示、通知、声明等,都是无效的,对消费者没有任何约束力。

10. 不得侵犯消费者的人身权

消费者的人身权是其基本人权,消费者的人格尊严、人身自由不受侵犯。经营者必须对消费者的人格尊严和人身自由予以尊重,并且不得以任何借口、用任何形式对消费者的人身自由加以侵犯。

单元三 消费者权益的保护

一、消费者权益的国家保护

国家保护消费者合法权益的措施包括以下三个方面。

1. 立法保护

国家在立法和制定有关政策时应当主动地、有意识地通过多种形式广泛听取消费者的意见和要求。

2. 行政保护

首先,体现在各级人民政府都应当加强领导,组织、协调、督促有关部门做好保护消费者合法权益的工作。各级人民政府应当加强监督,预防危害消费者人身、财产安全行为的发

生,及时制止危害消费者人身、财产安全的行为。其次,体现在政府有关职能部门,如工商、技监、卫生监督、物价管理、商品检验等部门应当在各自的权限内切实履行职责,采取有效措施,及时查处侵害消费者权益的行为,保护消费者权利。

3. 司法保护

首先,有关国家机关应当依照法律、法规的规定,惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为,对于一般侵权行为,应当视情形给予相应的行政处罚;对于触犯刑律的犯罪行为,应当运用刑罚的手段予以严惩。其次,在消费争议的诉讼中,人民法院应当采取措施,方便消费者诉讼,对符合起诉条件的消费争议,必须受理,及时审理,及时判决。

二、消费者权益的社会保护

(一) 舆论监督的保护

充分发挥新闻舆论的作用,保护消费者的合法权益。新闻舆论应及时揭露损害消费者合法权益的行为,引起社会各方面的重视,并促进问题的合理解决;大力宣传消费者合法权益和保护消费者合法权益的法律知识,提高消费者的权利意识和法制观念;广泛宣传各种消费知识,提高消费者的消费意识。

(二) 消费者组织的保护

充分发挥消费组织的社会监督作用,保护消费者的合法权益。消费者组织可以对商品和服务开展社会监督,协助国家立法机关制定和贯彻保护消费者权益的法律法规。

1. 消费者组织

消费者组织是指依法成立的对商品和服务进行社会监督,从而保护消费者合法权益的社会团体的总称,包括消费者协会和其他消费者组织。

其中在消费者组织中,消费者协会是最普遍、最重要的。

2. 消费者协会

在保护消费者合法权益方面,中国消费者协会和地方各级消费者协会,是对商品和服务进行社会监督,保护消费者合法权益,引导广大消费者合理、科学消费的主要社会组织。消费者协会履行下列七项基本职能。

(1) 向消费者提供消费信息和咨询服务。

(2) 参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查。

(3) 就有关消费者合法权益问题,向有关行政部门反映、查询,提出建议。

(4) 受理消费者的投诉,并对投诉事项进行调查、调解。

(5) 投诉事项涉及商品和服务质量问题的,可以请鉴定部门鉴定,鉴定部门应当告知鉴定结论。

(6) 就损害消费者合法权益的行为,支持受害的消费者提起诉讼。

(7) 对损害消费者合法权益的行为,通过大众传播媒介予以揭露、批评。

三、消费者权益的国际保护

国际上消费者保护的组织体系主要有以下四个层面。

1. 政府职能机构

充分利用政府机关的行政管理职能,设立专门的行政机构来保护消费者权益,是发达市场经济国家政府的一项重要职能。如美国各级政府中都设有消费者保护机构,联邦政府中涉及消费者保护的行政机构包括联邦贸易委员会(FTC)、食品药物管理局(FOA)、消费者商品委员会(CPSE)等30余个。英国政府于1959年在商务部属下成立了“消费者保护委员会”,负责消费者保护问题,提出消费者保护立法的改革提案,并于1974年专门成立了“物价及消费者保护部”。法国政府也设立了“竞争消费局”主管消费者问题,其他政府部门也都承担着保护消费者权益的重要职能。

2. 行业组织

为维护行业的声誉和利益,各国的行业组织通过制定行业规章制度,加强监督管理等,在客观上也起到了对消费者利益保护的作用。如日本的糕点糖果业协会、广告审查协会、汽车协会、化纤协会、人寿保险协会、银行协会等,都设有接待消费者投诉、处理纠纷的机构。

3. 民间组织

消费者的保护仅有消费者协会是很不够的,还应该建立对消费者协会起辅助作用的其他各种类型的消费者民间组织。如消费者组织联合会、消费者事务协调处理会和在社区、学校、医院、机关、企事业单位设立的各种类型的民间消费者权益保护组织等。这些组织的主要任务是受理消费者的申诉;给消费者提供咨询;对不法生产经营者进行起诉;代理消费者进行索赔和谈判;通过自己的检验机构对产品质量进行鉴定并作出书面鉴定报告;通过自己办的报刊、杂志,公布一些不正当交易和竞争的违法行为;为政府提供建议等。有些国家的消费者权益保护民间组织已发展成为一种职业性的组织,正发挥着越来越重要的作用。

4. 消费者保护的国际组织

随着全球经济一体化的快速发展和国际贸易规模的扩大,消费者保护已成为一种国际潮流。加强国际合作与监督,在全世界范围内实施对消费者权益的有效保护,已成为不可逆转的趋势。为此,各国政府、各国保护消费者组织都在积极地探索有效的监督和合作方式,并成立了国际消费者组织联盟、国际反冒牌货联盟等国际组织,以采取联合行动抵制有损消费者权益的不法经营活动。

单元四 消费者权益争议的解决和法律责任的确定

一、消费者权益争议的解决

消费者权益争议,是指消费者和经营者之间在买卖商品、接受和提供服务过程中,因权利受到侵害或者义务的不履行所产生的争议。

(一) 争议的解决途径

《消费者权益保护法》第三十四条规定了解决争议的五种途径和方式。五种方式的约束力度和效力是递次增强的。

1. 与经营者协商和解

协商和解,是指消费者与经营者发生争议后,在平等自愿的基础上,就与争议有关的问

题进行协商,最终达成和解协议,使纠纷得以解决的活动。协商和解具有及时、便利、经济、有利于维护当事人之间友好关系的优点。

2. 请求消费者协会调解

消费者协会进行调解,是由消费者协会作为中间调解人对争议双方当事人进行说服劝导、沟通调和,以促进争议双方达成解决纠纷的协议的活动。消费者协会在调解过程中,应坚持以下原则:

(1) 自愿原则,即调解全过程都应贯彻双方当事人自愿的原则;

(2) 合法原则,即调解过程和调解方案都不得违法,不得损害国家、社会、集体和第三人的合法权益。

3. 向有关行政部门申诉

消费者在权益发生纠纷后,除协商和解或向消费者协会申请调解外,还可以向有关工商行政管理机关提出申诉,要求行政机关保护自己的合法权益。

4. 根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁

根据《消费者权益保护法》的规定,对于消费者权益争议,如当事人之间存在仲裁协议,可将纠纷提交仲裁机构仲裁。

5. 向人民法院起诉

消费争议发生后,消费者和经营者在没有仲裁协议的情况下,可以向人民法院起诉。

在选择具体的争议解决途径时,消费者要权衡争议的解决成本,考虑交易费用,从而作出理性的选择。总体来说,哪种途径在总体上对于当事人的利益较大,消费者就可以选择哪种解决途径。

(二) 消费者求偿对象的确定

消费者在购买、使用商品或者接受服务的过程中,因合法权益受到损害而与经营者发生消费者权益争议时,最关键的问题便是要确定求偿主体。《消费者权益保护法》有如下规定。

(1) 销售者先行赔偿制度。

(2) 销售者与生产者之间的连带赔偿责任制度。

(3) 消费者在接受服务时,其合法权益受到损害的,可以向服务者要求赔偿。

(4) 展销会举办者、柜台出租者的特殊责任。

(5) 企业合并、分立后责任的归属。消费者在购买、使用商品或者接受服务时,其合法权益受到损害,因原企业分立、合并的,可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

(6) 营业执照持有人与租借人的赔偿责任。

(7) 从事虚假广告行为的经营者和广告经营者的责任。

(8) 经营者违反安全保障义务,造成他人人身损害的直接责任和补充责任。

二、法律责任的确定

经营者侵害消费者合法权益的行为是违法行为,应当承担相应的法律责任。《消费者权益保护法》根据违法行为的不同性质、损害大小、情节轻重,分别确定了民事责任、行政责任和刑事责任。

训练题

一、单项选择题

1. 消费者为()消费需要购买、使用商品或接受服务,其权益受《消费者权益保护法》保护。
- A. 生产 B. 生活 C. 生产和生活 D. 个人
2. 经营者提供商品或服务,应向消费者出具购货凭证或服务单据;消费者索要购货凭证或服务单据的,经营者()。
- A. 必须出具 B. 不一定出具 C. 可以出具 D. 视具体情况出具
3. 《消费者权益保护法》开始实施的时间是()。
- A. 1993年10月31日 B. 1993年1月1日
C. 1994年10月31日 D. 1994年1月1日
4. 《消费者权益保护法》中,消费者的消费客体是()。
- A. 生活消费 B. 商品 C. 服务 D. 商品和服务
5. 经营者对行政处罚决定不服的,可以自收到处罚决定书之日起一定期限内向上一级机关申请复议,该期限是()。
- A. 15日 B. 30日 C. 60日 D. 90日
6. 经营者对商品或者服务作引人误解的虚假宣传的,所处罚款是非法所得()。
- A. 1倍以上3倍以下 B. 1倍以上5倍以下
C. 1倍以上10倍以下 D. 1倍以上30倍以下
7. 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的()。
- A. 1倍 B. 2倍 C. 3倍 D. 5倍
8. 对国家规定或者经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品,经营者应当负责修理、更换或者退货,保修期内通过()修理仍不能正常使用的,经营者应当负责更换或者退货。
- A. 1次 B. 2次 C. 3次 D. 4次
9. 经营者以邮购方式提供商品,应当按照约定提供。未按照约定提供的,应当按照消费者的要求履行约定或者()。
- A. 退回货款 B. 承担消费者支付的所有费用
C. 赔礼道歉 D. 依法追究刑事责任
10. 依法经相关部门认定为不合格的商品,消费者要求退货的,经营者应当负责退货,该部门是()。
- A. 消费者协会 B. 人民法院
C. 行业协会 D. 有关行政部门

二、多项选择题

1. 消费者和经营者发生消费者权益争议的,可以采取的解决途径有()。
- A. 与经营者协商和解
B. 请求消费者协会调解
C. 根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁

- D. 向有关行政部门申诉
2. 下列说法中正确的有（ ）。
- A. 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的 2 倍
- B. 经营者对行政处罚决定不服的，可以自收到处罚决定之日起 30 日内向人民法院提起诉讼
- C. 对包修、包换、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用
- D. 拒绝、阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚条例》的规定处罚
3. 经营者侵害消费者的人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，应当负的责任有（ ）。
- A. 停止侵害 B. 恢复名誉 C. 消除影响 D. 赔礼道歉
4. 生产者不对消费者负责赔偿的情况有（ ）。
- A. 消费者从销售者处购买的化妆品不具有包装上标明的使用效果
- B. 某人从生产者处盗窃其开发中的高压锅样品，在使用时被炸伤
- C. 因销售者贮存不当致使药品变质而使某患者服药后过敏
- D. 消费者使用产品后发生不适，但现在科学技术无法证明产品与不适之间的关系
5. 贾小姐解决自己与某超市争议的途径有（ ）。
- A. 与经营者协商调解 B. 请求消费者协会调解
- C. 向有关行政部门申诉 D. 向人民法院起诉
6. 以下各项中，属于消费者协会履行的职责的有（ ）。
- A. 受理消费者的投诉，并对投诉进行调查、调解
- B. 就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼
- C. 参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查
- D. 对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评
7. 国家对消费者权益的保护，主要体现在（ ）。
- A. 消费者可以直接参与有关消费者权益的法律、法规的制定工作
- B. 各级人民政府应当制止危害消费者人身、财产安全行为的发生
- C. 对符合法定起诉条件的消费者权益争议，人民法院必须受理
- D. 工商行政管理部门依法保护消费者的合法权益
- E. 国家机关工作人员不得包庇经营者侵犯消费者的合法权益
8. 下列行为不违反《消费者权益保护法》的有（ ）。
- A. 某饭馆实行先交费后用餐的制度
- B. 某市消费者协会向社会推荐优质优价的运动鞋，但未收取任何费用
- C. 某出租车司机拒绝开具发票
- D. 某羽绒服厂在某商厦租赁一个柜台，但未标明厂址
9. 刘某在个体摊贩王某处挑选皮鞋，经王某推荐，试了一双不合适，脱下要走，但王某执意要求刘某买下这双鞋。王某的行为侵犯了刘某的（ ）。
- A. 安全保障权 B. 自主选择权
- C. 公平交易权 D. 维护尊严权

10. 某厂商出售家用计算机时, 向消费者声明: 本店对机内预装的软件有无合法版权概不负责, 机器售出后发生任何版权纠纷, 一概与本店无关。厂商这一做法属于 ()。

- A. 产品侵权行为
- C. 无效民事行为

- B. 民事欺诈行为
- D. 单方免责行为

三、判断题

1. 经营者对消费者提出的修理、重做、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求, 故意拖延或者无理拒绝的, 处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款, 没有违法所得的, 处以 1 万元以下的罚款。()

2. 经营者对包修、包换、包退的大件商品, 消费者要求修理、更换、退货的, 经营者不承担运输费用。()

3. 农民购买、使用直接用于农业的生产资料, 适用《消费者权益保护法》。()

4. 经营者侵害消费者的人格尊严或者侵犯消费者人身自由的, 应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉, 并赔偿损失。()

5. 消费者为生产和生活消费需要购买、使用商品或接受服务的, 受《消费者权益保护法》保护。()

6. 保护消费者的合法权益是消费者协会的责任。()

7. 消费者享有自主选择商品或服务的权利。()

8. 商店提供商品应当明码标价。()

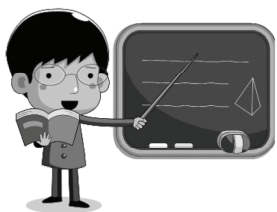
9. 《消费者权益保护法》规定, 格式合同可以作出对消费者不公平、不合理的规定。()

10. 经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤、不得搜查消费者的身体及其携带的物品, 不得侵犯消费者的人身自由。()

四、案例分析题

1. 消费者李某在某商场花 1 500 元购买了一辆自行车, 使用不到 1 个月, 车身大梁断裂, 到商场要求退货, 该商场无理拒绝。该商场违反了什么法律规定? 工商行政管理部门应如何处理?

2. 2012 年 10 月, 消费者周某到马某的个体皮鞋专卖店买鞋。试穿了几双, 均感不合适就没有购买, 马某对此不满, 辱骂周某并打了其一记耳光。经派出所处理, 马某被罚款 100 元, 并赔偿周某 50 元, 后周某又到工商局投诉。工商局对马某责令停业整顿 3 天, 并罚款 1 000 元。派出所和工商局的行为有没有法律依据?



模块十一

反不正当竞争法与反垄断法



知识目标

掌握不正当竞争行为和垄断行为的种类与特征；熟悉不正当竞争行为的表现形式和垄断行为的法律规则；了解反不正当竞争和垄断的含义及违反《反垄断法》的法律责任。

能力目标

能判断何种行为属于不正当竞争行为以及其应该承担的法律责任；能分析企业行为是否符合《反垄断法》的要求。

态度目标

培养公平竞争的法律意识。



案例导入

某省于1998年元旦开通有线电视公共频道，该有线电视台为了提高收视率，以吸引更多的广告客户，推出了集娱乐、休闲、广告抽奖为一体的“缤纷时刻”栏目，开展“日日送奖，月月送礼”活动，每天向观众出一道简单的问题，猜对的观众通过抽奖即可获得每日送出的一台VCD或者一部摩托罗拉手机，每月还送出一个超过10万元的大奖（即一套公寓）。此举引起了强烈的社会反响。另外，该省还拥有多家电视台，电视台之间的竞争也非常激烈，而该有线电视台开展的有奖竞猜活动主要是为了招揽广告客户。该电视台此举是否违反了反不正当竞争法？

单元一 反不正当竞争法

一、不正当竞争及反不正当竞争法的含义

不正当竞争是指经营者违反《反不正当竞争法》规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。不正当竞争行为包括几个要件：①实施主体是经营者，目的是获取竞争利益；②采用了不正当的手段；③损害了其他经营者的权益和市场竞争秩序。这里，经营者是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。

【例11-1】根据《反不正当竞争法》的规定，下列各项中不属于经营者的是（ ）。

A. 商场

B. 理发店

C. 公立学校

D. 美容院

【解析】正确答案为C。《反不正当竞争法》第二条规定，“本法所称的经营者，是指从事

商品经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人”。选项 C 不在此规定范围内。

【例 11-2】下列各项中，不属于不正当竞争行为构成要件的是（ ）。

- A. 经营者违反法律规定
- B. 损害其他经营者的合法权益
- C. 扰乱社会秩序
- D. 不正当竞争行为给受害人造成了重大损失

【解析】正确答案为 D。构成不正当竞争行为并不要求一定要给受害方造成实际上的重大损失，只要一方经营者的行为符合了法律规定的不正当竞争行为的要件，即使没有造成实际损失，而是在有可能造成损失的情况下，对方也可以请求相关部门制止该行为的发生。

反不正当竞争法有广义和狭义两种理解。广义的反不正当竞争法，是指调整在规范、制止和处罚市场交易活动中的不正当竞争行为，保护经营者的合法权益的活动中所产生的社会关系的法律规范的总称。狭义的反不正当竞争法，专指《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》），1993 年 9 月 2 日，第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过，并自 1993 年 12 月 1 日起施行。

二、不正当竞争行为的表现形式

（一）采用欺骗性标志从事损害竞争对手的行为

采用欺骗性标志从事损害竞争对手的行为是指经营者采用伪冒或仿冒标志或采用其他虚假标志从事商品交易，引起公众误解，诱使消费者误购，牟取非法利益的行为。

（1）假冒他人的注册商标。

（2）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。

（3）擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品。

（4）在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引入误解的虚假表示。

【例 11-3】某商场在电视上做广告，声称其新进一批法国巴黎时尚服装，现正进行打折优惠，消费者纷纷前往购买，后来消费者发现服装并非产自法国，而是由国内厂家生产的，则该商场的行为是（ ）。

- A. 假冒他人注册商标行为
- B. 虚假宣传行为
- C. 伪造产地的行为
- D. 正当广告宣传行为

【解析】正确答案为 B。《反不正当竞争法》第九条规定：“经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。”

（二）公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者强制交易的行为

公用企业是指其商品或服务涉及人民群众基本的物质生活需要的一些行业，如电力、自来水、煤气、邮政、电信、公交等；其他依法具有独占地位的经营者是指在某个特定的市场上，处于无人与之竞争的地位的经营者，依法具有独占地位的企业只能由国务院规范性文件加以规定。公用企业和其他依法具有独占地位的经营者，不得从事下列强制性交易行为，以

排挤其他经营者的公平竞争。

(1) 限定用户、消费者只能购买和使用其附带提供的相关商品,而不得购买和使用符合技术标准要求的同类商品;

(2) 限定用户、消费者只能购买和使用其指定的经营者生产或经销的商品,不得购买和使用其他经营者提供的符合技术标准要求的同类商品;

(3) 强制用户、消费者购买其提供的不必要的商品及配件;

(4) 强制用户、消费者购买其指定的经营者提供的不必要的商品;

(5) 以检验商品质量、性能等为借口,阻碍用户、消费者购买、使用其他经营者提供的符合技术标准要求的其他商品;

(6) 对不接受其不合理条件的用户、消费者拒绝、中断或削减供应相关商品,或者滥收费用;

(7) 其他限制竞争的行为。

(三) 政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争的行为

政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动,或限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场。此规定有利于防止地区封锁、设置市场壁垒,还可防止官商结合和权钱交易,滋生腐败。

(四) 商业贿赂行为

商业贿赂行为是指为销售或者购买商品,经营者采用财物或者其他手段贿赂对方单位或个人的行为。经营者在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处。

经营者销售或者购买商品,可以以明示方式给对方折扣,也可以给中间人佣金。折扣和佣金是否合法,是否构成商业贿赂行为,在于是否如实入账。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。

【例 11-4】 甲酒店向该市出租车司机承诺,为酒店每介绍一位客人,酒店向其支付该客人房费的 20%作为奖励,与其相邻的乙酒店向有关部门举报了这一行为。有关部门调查发现甲酒店给付的奖励在公司的账面上皆有明确详细的记录。甲酒店的行为属于()。

A. 正当的竞争行为 B. 商业贿赂行为 C. 限制竞争行为 D. 低价倾销行为

【解析】 正确答案为 A。《反不正当竞争法》第八条规定,经营者可以以明示方式给予中间人佣金,但必须如实入账。甲酒店对给付的奖励有明确详细的记录,因此属于正当的竞争行为。

(五) 虚假宣传行为

经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。这里的经营者主要是为自己的商品或服务进行宣传的经营者。但我国为了有效打击虚假宣传行为,强调广告经营者在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告也属于此行为,受《反不正当竞争法》的调整。

虚假宣传行为发生在宣传过程中,是虚假宣传与欺骗性交易行为中的“虚假表示”的根本区别,因为后者强调的是“在商品上”。

（六）侵犯商业秘密行为

商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。侵犯商业秘密的表现行为如下。

（1）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密。

（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。

（3）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

（4）第三人明知或者应知前述所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

【例 11-5】 下列行为中，不属于经营者侵犯商业秘密手段的是（ ）。

A. 第三人不知是商业秘密而加以使用

B. 披露、使用或者允许他人使用以非法手段获取的他人的商业秘密

C. 以盗窃、利诱、胁迫或者其他手段获取商业秘密

D. 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密

【解析】 正确答案为 A。根据《反不正当竞争法》第十条的规定，侵犯他人商业秘密的不正当竞争行为只有在故意的主观状态下才可以成立，过失不构成侵犯他人商业秘密的行为。

（七）低价倾销排挤竞争对手的行为

低价排挤竞争对手行为，是指经营者采用在一定的市场上和一定的时期内，以低于成本的价格销售商品的手段，以排挤竞争对手为目的的行为。

有下列情形之一的，不属于不正当竞争行为：处理销售鲜活商品；处理将到期的商品或者其他积压商品；季节性降价；因清偿债务、转产、歇业而降价销售商品。

（八）搭售商品或者附加其他不合理的条件的行为

经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。经营者利用其经济优势，违背消费者的意愿，在销售某一种商品时，强迫消费者接受另一种商品，或者就商品的价格、销售地区、销售对象等进行不合理的限制的行为违背了市场交易中的平等原则和自愿原则，既侵害了购买者的合法权益，又侵害了竞争对手的合法权益。

（九）不正当的有奖销售行为

有奖销售是经营者的一种促销手段，是经营者以提供物品、金钱或其他条件作为奖励，刺激消费者进行消费的行为。

经营者不得从事下列有奖销售。

（1）采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售。

（2）利用有奖销售的手段推销质次价高的商品，“质次”并不一定是不合格的商品，这里强调的是质量和价格不相符。

（3）抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过 5 000 元。

【例 11-6】 下列行为属于不正当竞争的是 ()。

- A. 低于成本价销售鲜活产品
- B. 商场为了促销, 在成本价以上将商品打折出售
- C. 企业经营不善, 因为歇业而降价销售产品
- D. 商场抽奖式的有奖销售, 最高奖的金额达到 10 000 元

【解析】 正确答案为 D。《反不正当竞争法》第十三条规定: 抽奖式的有奖销售, 最高奖的金额超过五千元。”

(十) 商业诽谤行为

商业诽谤行为是指经营者故意捏造、散布虚伪事实, 损害竞争对手的商业信誉、商品声誉, 并以此来削弱竞争对手的市场竞争能力, 从而为自己谋取不正当利益的行为。商业诽谤的构成要件包括: ①行为主体应当是同业竞争者; ②侵犯的对象是竞争对手的商业信誉和商品声誉; ③散布的内容具有虚假性; ④主观心态是故意。

【例 11-7】 甲商场与乙公司因为货款问题产生纠纷, 甲商场拒绝出售乙公司生产的产品, 并对外宣称乙公司产品中含有有害身体健康的物质, 所以拒绝销售, 乙公司的经营因此受到严重打击。关于这一事件下列说法正确的是 ()。

- A. 商场的行为属于限定他人购买其指定的经营者的商品的不正当竞争行为
- B. 商场的行为属于侵犯他人商业秘密的不正当竞争行为
- C. 商场诋毁了该公司的商业信誉、商品声誉
- D. 商场有权决定是否销售某件产品, 因此商场的行为属于正当的经营行为

【解析】 正确答案为 C。《反不正当竞争法》第十四条规定: “经营者不得捏造、散布虚伪事实, 损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”

【例 11-8】 根据我国《反不正当竞争法》和相关法律关于诋毁商誉行为的规定, 下列说法正确的是 ()。

- A. 新闻单位被经营者唆使对其他经营者从事诋毁商誉行为的, 可与经营者构成共同的不正当竞争行为
- B. 经营者通过新闻发布会形式发布影响其他同业经营者商誉的信息时, 只要该信息是真实的, 就不构成诋毁行为
- C. 诋毁行为只能是针对市场上某一特定竞争对手实施的
- D. 经营者对其他竞争者进行诋毁, 其主观心态既可以是故意, 也可以是过失

【解析】 正确答案为 B。《反不正当竞争法》第十四条规定: “经营者不得捏造、散布虚伪事实, 损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。” 根据该规定, 经营者只能在故意的主观状态下的诋毁行为才可以构成不正当竞争行为, 并且发布的信息必须是虚假信息, 如果发布的是真实信息则不构成诋毁商业信誉的不正当竞争行为。

(十一) 不正当招标投标行为

不正当招标投标行为是指投标者串通投标, 抬高标价或者压低标价, 损害招标人的利益; 或者投标者和招标者相互勾结, 以排挤竞争对手的公平竞争, 从而损害其他投标人的利益的行为。

【例 11-9】 某市政府办公大楼对外招标, 甲建筑公司与其他准备参加投标的建筑公司约

定,将标价均抬高 30%,无论哪家建筑公司中标,均将抬高的 30%的利润与其他建筑公司平分,该行为属于()。

- A. 投标者恶意串通以排挤竞争对手的不正当竞争行为
- B. 虚假表示的不正当竞争行为
- C. 投标者恶意串通的不正当竞争行为
- D. 正当竞争行为,因为这几家建筑公司并没有损害其他竞争者的合法权益

【解析】 正确答案为 C。《反不正当竞争法》第十五条规定:“投标者不得串通投标,抬高标价或者压低标价”。

三、不正当竞争行为的法律责任

违反《反不正当竞争法》的,根据情况分别承担民事责任、行政责任、刑事责任。

(一) 民事责任

民事责任是不正当竞争行为应承担的主要法律责任。经营者违反《反不正当竞争法》的规定,给被侵害的经营者造成损害的,受侵害的经营者可以向法院提起诉讼,要求侵害者承担损害赔偿赔偿责任。

损害赔偿额为被侵害的经营者因不正当竞争行为所致的损失;被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润。同时,侵害者还应承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。

【例 11-10】 经营者的不正当竞争行为给被侵害的经营者造成损失的,如果被害人的损失难以计算的,赔偿额为()。

- A. 侵权人在侵权期间的全部所得
- B. 按照曾经发生的相同或者相近的案例的赔偿额计算
- C. 侵权人在侵权期间所获得的利润
- D. 侵权人在侵权期间所获得的利润的 2 倍

【解析】 正确答案为 C。《反不正当竞争法》第二十条规定:“经营者违反本法规定,给被侵害的经营者造成损害的,应当承担损害赔偿责任,被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润。”

(二) 行政责任

行政责任是行为人违反行政法律的规定所应承担的一种法律后果。它以行政违法为前提,后果是行政制裁,某形式主要是行政处分和行政处罚。在此,经营者或政府及所属部门违反《反不正当竞争法》所应承担的行政责任具体表现以下几个方面。

(1) 经营者假冒他人的注册商标,擅自使用他人的企业名称或者姓名,伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志,伪造产地,对商品质量作引人误解的虚假表示的,依照《商标法》、《产品质量法》的规定处罚。

经营者擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品的,监督检查部门应当责令停止违法行为,没收违法所得,可以根据情节处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款;情节严重的可以吊销营业执照。

(2) 经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品, 不构成犯罪的, 监督检查部门可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款, 有违法所得的, 予以没收。

(3) 公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者, 限定他人购买其指定的经营者的商品, 以排挤其他经营者的公平竞争的, 省级或者设区的市的监督检查部门应当责令停止违法行为, 可以根据情节处以5万元以上20万元以下的罚款。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的, 监督检查部门应当没收违法所得, 可以根据情节处以违法所得1倍以上3倍以下的罚款。

(4) 经营者利用广告或者其他方法, 对商品作引人误解的虚假宣传的, 监督检查部门应当责令停止违法行为, 消除影响, 可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。广告的经营者, 在明知或者应知的情况下, 代理、设计、制作、发布虚假广告的, 监督检查部门应当责令停止违法行为, 没收违法所得, 并依法处以罚款。

(5) 违反《反不正当竞争法》的规定侵犯商业秘密的, 监督检查部门应当责令停止违法行为, 可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。

(6) 经营者违反《反不正当竞争法》的规定进行有奖销售的, 监督检查部门应当责令停止违法行为, 可以根据情节处以1万元以上10万元以下的罚款。

(7) 投标者串通投标, 抬高标价或者压低标价; 投标者和招标者相互勾结, 以排挤竞争对手的公平竞争的, 其中标无效。监督检查部门可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。

(8) 经营者有违反被责令暂停销售, 不得转移、隐匿、销毁与不正当竞争行为有关的财物的行为的, 监督检查部门可以根据情节处以被销售、转移、隐匿、销毁财物的价款的1倍以上3倍以下的罚款。

(9) 政府及其所属部门违反《反不正当竞争法》的规定, 限定他人购买其指定的经营者的商品, 限制其他经营者正当的经营活动, 或者限制商品在地区之间正常流通的, 由上级机关责令其改正; 情节严重的, 由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的, 监督检查部门应当没收违法所得, 可以根据情节处以违法所得1倍以上3倍以下的罚款。

(三) 刑事责任

对不正当竞争行为应追究刑事责任, 《反不正当竞争法》作了原则性规定。不过, 对于侵犯商业秘密的不正当竞争行为的刑事责任, 《反不正当竞争法》没有涉及, 相反, 《刑法》对侵犯商业秘密、损害他人商业信誉、商品声誉等不正当竞争行为的刑事责任作了规定。

(1) 侵犯商业秘密, 给商业秘密的权利人造成重大损失的, 处3年以下有期徒刑或拘役, 并处或单处罚金; 造成特别严重后果的, 处3年以上7年以下有期徒刑, 并处罚金。

(2) 捏造并散布虚伪事实, 损害他人的商业信誉、商品声誉, 给他人造成重大损失或者有其他严重情节的, 处2年以下有期徒刑或者拘役, 并处或单处罚金。

(3) 广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定, 利用广告对商品或服务作虚假宣传, 情节严重的, 处2年以下有期徒刑或者拘役, 并处或单处罚金。

单元二 反垄断法

一、垄断行为与反垄断法概述

（一）垄断行为的含义

一般而言，反垄断法规制的垄断行为，是指经营者以独占或有组织联合等形式，凭借经济优势或行政权力，操纵或支配市场，限制和排斥竞争的行为。

一种行为构成垄断行为，须满足以下几个构成要件。

（1）主体要件，即法律规定的某一垄断形态在主体上的要求，垄断行为的主体一般为经营者，此外还有行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。

（2）主观要件，即垄断主体对其所实施的垄断行为及其后果所持的心理态度。绝大多数垄断形态必须是垄断主体实施某种行为时一般具有一定的限制竞争的意图。

（3）客观条件，即为垄断所侵害的、为反垄断法所保护的社会关系，要求垄断行为在一定交易领域内实质上限制或妨碍竞争。

（4）客观方面，即构成垄断的客观的现实特征，包括垄断行为、垄断状态、垄断结果等。

反不正当竞争法中的不正当竞争行为的确认标准是民法诚实信用的商业道德。反垄断法在确认垄断或者限制竞争行为时，必须考虑企业是否具有市场支配力、是否滥用权利、企业合并对市场结构的影响等因素，其规制的标准涉及非道德判断的经济、统计等技术因素。如认定经营者具有市场支配地位，应当依据的因素包括该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况，该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力，该经营者的财力和技术条件等。

（二）反垄断法概述

反垄断法是在反对垄断或限制竞争过程中发生的市场监管关系的法律规范的总称。

《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议于2007年8月30日通过，自2008年8月1日起施行。

（三）《反垄断法》的适用范围

我国境内经济活动中的垄断行为，适用《反垄断法》。我国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用《反垄断法》。

经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用《反垄断法》；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用《反垄断法》。

农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同行为，不适用《反垄断法》。

二、对垄断行为的法律规制

（一）对垄断协议的法律规制

垄断协议是指经营者之间达成旨在排除、限制竞争或者实际上具有排除、限制竞争效果

的协议、决定或者其他协同一致的行为。其有两种方式：一是经营者之间达成垄断协议；二是经营者与交易相对人达成垄断协议。

1. 经营者之间达成垄断协议的表现

- (1) 固定或者变更商品价格。
- (2) 限制商品的生产数量或者销售数量。
- (3) 分割销售市场或者原材料采购市场。
- (4) 限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品。
- (5) 联合抵制交易。
- (6) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

具有竞争关系的经营者达成上述垄断协议，是法律所禁止的。

2. 经营者与交易相对人达成垄断协议的表现

- (1) 固定向第三人转售商品的价格。
- (2) 限定向第三人转售商品的最低价格。
- (3) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

经营者与交易相对人达成上述垄断协议，是法律所禁止的。

3. 垄断协议豁免制度

因技术进步而达成协议等七种情况可得到《反垄断法》相关条款的“豁免”。经营者能够证明达成的协议属于下列情形之一，且证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益的，不适用于相关禁止条款。

- (1) 为改进技术、研究开发新产品的。
- (2) 为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的。
- (3) 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的。
- (4) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的。
- (5) 因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的。
- (6) 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的。
- (7) 法律和国务院规定的其他情形。

【例 11-11】 下列不是垄断协议的是（ ）。

- A. 家乐福和沃尔玛约定：前者占北京市场，后者占天津市场
- B. 因为价格问题，甲乙两家汽车厂口头约定都不购买丙钢铁公司的钢材
- C. 甲药厂和乙医药连锁超市约定：后者出售前者的某种专利药品只能按某价格出售
- D. 甲药厂和乙医药连锁超市约定：后者出售前者的某种专利药品最高按某价格出售
- E. 甲药厂和乙医药连锁超市约定：后者只按照某最低价格从前者进货

【解析】 正确答案为 D。条文禁止最低；选项 D 没有暗示支配地位，另外和题干也不呼应。

（二）对滥用市场支配地位行为的法律规制

1. 市场支配地位的含义

在我国，市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。滥用市场支配地

位行为一般包括垄断高价、掠夺性定价、差别待遇、拒绝交易、强制交易、搭售、独家交易七种。

2. 市场支配地位的认定

认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素。

- (1) 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况。
- (2) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力。
- (3) 该经营者的财力和技术条件。
- (4) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度。
- (5) 其他经营者进入相关市场的难易程度。
- (6) 与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

3. 市场支配地位认定中的推定

有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位。

- (1) 一个经营者在相关市场的市场份额达到 $1/2$ 的。
- (2) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到 $2/3$ 的。
- (3) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到 $3/4$ 的。

有第(2)、(3)项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足 $1/10$ 的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。

被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

(三) 对经营者集中的法律规制

1. 经营者集中的情形

经营者集中是指以下三种情形。

- (1) 经营者合并。
- (2) 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权。
- (3) 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

2. 经营者集中申报制度

经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。国务院反垄断执法机构审查经营者集中，应当考虑下列因素。

- (1) 参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力。
- (2) 相关市场的市场集中度。
- (3) 经营者集中对市场进入、技术进步的影响。
- (4) 经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响。
- (5) 经营者集中对国民经济发展的影响。
- (6) 国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的，国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。

经营者集中有下列情形之一的，可以不向国务院反垄断执法机构申报。

- (1) 参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者 50%以上有表决权的股份或者资产的。

(2) 参与集中的每个经营者 50%以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

3. 外资并购的审查

近年来,随着全球产业结构的转移,发生在中国境内的外资并购份额日益扩大。能源生产、机械制造、食品消费品生产、商业、金融服务业成为外资并购的重要领域。一些跨国公司对我国一些重点企业实施并购,激起了业界关于外资并购是否会危及国家安全的争论。对外资并购国内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照《反垄断法》的规定进行经营者集中审查外,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。

(四) 对滥用行政权力排除、限制竞争的法律规制

行政垄断,是指政府及其所属部门滥用行政权力,排斥、扭曲或限制市场竞争的行为。我国目前危害较大的行政性垄断主要有:地区封锁、部门垄断、政府设立行政性公司、政府限定交易、限制市场准入和强制经营者限制竞争。为此,《反垄断法》规定,行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品;不得滥用行政权力,以设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式,排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动;不得滥用行政权力,采取与本地经营者不平等待遇等方式,排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构;不得滥用行政权力,强制经营者从事《反垄断法》规定的垄断行为。

三、违反《反垄断法》的法律责任

(一) 行政责任

经营者违反《反垄断法》的规定,达成并实施垄断协议的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额 1%以上 10%以下的罚款;尚未实施所达成的垄断协议的,可以处 50 万元以下的罚款。

经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的,反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。

行业协会违反本法规定,组织本行业的经营者达成垄断协议的,反垄断执法机构可以处 50 万元以下的罚款;情节严重的,社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。

经营者违反《反垄断法》的规定,滥用市场支配地位的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额 1%以上 10%以下的罚款。

经营者违反《反垄断法》的规定实施集中的,由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态,可以处 50 万元以下的罚款。

行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。

法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的,依照其规定。

（二）民事责任

经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。

（三）刑事责任

对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

训练题

一、单项选择题

1. 我国对不正当竞争行为进行监督检查的主管部门是（ ）。
A. 国内贸易部 B. 技术监督局 C. 工商行政管理局 D. 物价局
2. 我国《反不正当竞争法》规定，抽奖式有奖销售最高奖金的金额不得超过人民币（ ）。
A. 3 000 元 B. 5 000 元 C. 7 000 元 D. 10 000 元
3. 违背相对交易人的意愿的搭售行为侵害了购买者的（ ）。
A. 自主选择权 B. 知悉真情权 C. 维护尊严权 D. 求偿权
4. 在《反不正当竞争法》中，商业贿赂主要指（ ）。
A. 回扣 B. 让利 C. 折扣 D. 佣金
5. 实施滥用行政权力不正当竞争行为的主体是（ ）。
A. 具有独占地位的经营者 B. 公用企业
C. 专卖企业 D. 政府及其所属部门
6. 擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品的行为属于（ ）。
A. 采用欺骗性标志交易行为 B. 虚假宣传行为
C. 侵犯商业秘密行为 D. 诋毁商誉行为
7. 法律所规定的垄断行为不包括（ ）。
A. 垄断协议
B. 滥用市场支配地位
C. 具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中
D. 宏观调控行为
8. 在不会严重限制相关市场竞争，并能使消费者分享由此产生的利益前提下，下列行为中，经营者与具有竞争关系的经营者不为《反垄断法》所禁止的是（ ）。
A. 为排除竞争，达成的联合抵制交易协议
B. 为实现其支配地位，达成的限制商品的生产数量协议
C. 为限制竞争，达成的固定商品价格协议
D. 为改进技术，达成的限制购买新技术协议
9. 下列属于正常竞争行为的是（ ）。
A. 季节性降价 B. 擅自使用他人的企业名称

- C. 对商品质量作引人误解的虚假表示 D. 在商品上伪造认证标志

10. 行政机关滥用行政权力, 实施对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准, 妨碍商品在地区之间自由流通的行为是()。

- A. 滥用行政权力排除、限制竞争的行为 B. 宏观调控行为
C. 经营者集中行为 D. 滥用市场支配者地位行为

二、判断题

1. 凡是以低于成本价格销售商品的行为均被认为不正当竞争行为。()
2. 某经营者为清偿债务而降价销售商品的行为不属于不正当竞争行为。()
3. 佣金是付给中间人的, 不是付给合同的另一方当事人的, 但是, 合同当事人的经办人也可以收取佣金。()
4. 对于非注册商标, 《商标法》和《反不正当竞争法》均不予保护。()
5. 有奖销售都是不正当竞争行为。()
6. 经营者利用自己的经济优势地位, 胁迫竞争对手回避或放弃与自己进行竞争的行为, 不属于《反不正当竞争法》所列举的不正当竞争行为, 因此不是不正当竞争行为。()
7. 监督检查部门在监督检查不正当竞争行为时有权查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、单据、文件、记录、业务函电和其他资料。()
8. 经营者销售或购买商品, 可以以明示方式折扣。()
9. 《反垄断法》仅适用于中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为。()
10. 根据《反垄断法》的规定, 实施垄断行为的主体只能是企业。()

三、综合题

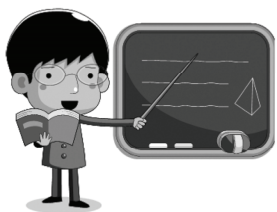
1. 甲乙两旅行社都是享有盛名的国家承办境外旅游客到国内观光的经济组织。1992年, 两旅行社均接待海外游客 20 万人次, 经济效益不相上下。1995 年上半年, 甲旅行社以高薪为条件, 致使乙旅行社海外部 15 名工作人员全部辞职, 转入甲旅行社工作。甲旅行社为此成立海外旅行二部, 该 15 名原乙旅行社的工作人员在转入甲旅行社时将自己的业务资料、海外业务单位名单都带入甲旅行社。因此, 1995 年上半年, 两旅行社的业务均发生很大的变化, 甲旅行社的海外游客数骤然上升, 效益大增, 而乙旅行社业务受到极大影响, 造成了较大的经济损失。

请根据材料分析:

- (1) 甲旅行社的行为是否构成不正当竞争? 如是, 应属于哪种不正当竞争行为? 为什么?
- (2) 对甲旅行社是否应进行法律制裁? 如何制裁?

2. 2010 年 11 月 3 日下午, 腾讯向用户宣布: 在 360 公司停止对 QQ 进行外挂侵犯和恶意诋毁之前, 决定将在装有 360 软件的电脑上停止运行 QQ 软件。与此同时, 腾讯还宣布, QQ 空间宣布不支持 360 浏览器访问。腾讯将一条明显带有“格式合同”色彩的条款交给用户选择: 要么卸载 360, 要么别使用 QQ。对于大量的用户而言, 其在使用 QQ 的同时, 也在使用 360。也就是说, 用户选择同时使用 360 和 QQ 的选择权, 事实上已经被腾讯的声明所剥夺。而且, 考虑到一些腾讯的用户属于付费用户, 腾讯用如此野蛮无礼的行为逼迫用户停用 QQ 的话, 也违背了契约上的基本承诺。360 的 QQ 保镖针对腾讯 QQ 的行为是否属于劫持和破坏的“外挂”行为恐怕有点勉为其难, 但就腾讯给用户出的选择题而言, 则很显然存在明显的法律瑕疵, 作法律层面的判断比技术层面要简单得多。

请根据材料从反垄断的角度谈谈腾讯此次的举动。



模块十二

产品质量法



知识目标

掌握产品质量瑕疵担保责任和产品责任；熟悉生产者、销售者的产品；理解生产者、销售者的产品质量义务；了解产品质量与产品质量法的概念和我国产品质量监督管理制度。

技能目标

能够独立处理因为产品质量问题而引起的法律纠纷；能够在从事经营活动时了解对产品质量应承担的义务。

态度目标

培养产品质量意识与依法维护消费者权益的意识。



案例导读

淮安工商局“12315”消费者申诉举报中心接到群众举报后，立即会同公安部门赶往案发地点，在金湖县黎城镇南老街原县物资公司3个仓库和县造船厂生产区院内大型仓库现场查获4个用来存放、生产假冒伪劣食品的地下加工厂。当场缴获一批造假机器和制假原料，一批过期、无生产日期和已被改动过生产日期的上海、广东、福建等地产的饮料堆放在多个仓库中，经工商部门统计，此次共收缴过期的健力宝第5季饮料210箱，健力宝饮料370箱以及1500多箱的过期变质食品，总计达30吨，涉案金额达13万元。据涉案人员张金友、杨金梅交代，此批过期食品、饮料是从市内某批发市场购得的，他们将原有产品上的生产日期涂改后，又重新打印上新的生产日期。在已经销售的产品中，本地区部分群众身体出现不适，住院花去医疗费若干。请问：在本案中，张金友、杨金梅二人的哪些行为违法？身体出现不适的群众可向谁要求赔偿？赔偿哪些费用？

单元一 产品质量法概述

一、产品质量与产品质量法

（一）产品、产品质量及产品标准

1. 产品

产品有广义和狭义之说。广义的产品是指除自然物之外的一切通过劳动生产的用于交换

的物品，但在法律上的产品范围要小于广义上的产品。狭义的产品，是指《中华人民共和国产品质量法》（以下简称《产品质量法》）所称的经过加工、制作，用于销售的产品。因此，天然的物品、非用于销售的物品，不属于该法所说的产品。另外，建设工程形成的房屋、桥梁、其他建筑物等不动产和军工产品，都被排除在产品范围之外，另由专门的法律予以调整；但建设工程所用的建筑材料、建筑构配件和设备、军工企业生产的民用产品，适用《产品质量法》的规定。由此可见，下列物品不适用《产品质量法》：①天然物品，如煤、油、水等；②农副产品；③初级加工品；④建筑工程；⑤专门用于军事的物品；⑥人体的器官及其组织体。

2. 产品质量

产品质量是指产品所具有的、符合人们需要的、能满足规定的或者潜在需要的各种特性的总和，具体有产品的安全性、可维修性、经济适用性、可靠性、有效性、卫生性等质量指标，它们共同反映、代表了产品的质量状况。产品质量的内容随着经济、科技的发展以及人们需要的变化，也在不断丰富和发展。

3. 产品标准

产品标准是对产品所作的技术规定，它是判断产品合格与否的主要依据。

《产品质量法》第十二条规定，产品质量应当检验合格。所谓合格，是指产品的质量状况符合标准中规定的具体指标。我国现行的标准分为国家标准、行业标准、地方标准和经备案的企业标准。凡有国家标准、行业标准的，必须符合该标准；没有国家标准、行业标准的，允许适用其他标准；对不符合国家标准、行业标准的产品，不符合保障人体健康和人身、财产安全标准和要求的，禁止生产和销售。

（二）产品质量法

产品质量法是调整在产品的生产、流通、使用以及监督管理过程中，因为产品质量问题而发生的各种社会关系的法律规范的总称。1993年2月22日第七届全国人民代表大会常务委员第三十次会议讨论通过的《产品质量法》已于2000年7月8日第九届全国人民代表大会常务委员第十六次会议通过对其进行的修订，并自2000年9月1日起施行。

二、产品质量监督和管理

（一）政府对产品质量的宏观管理

修改后的《产品质量法》对政府宏观管理产品质量的职能提出了明确具体的要求。

1. 加强统筹规划和组织领导

《产品质量法》第七条规定，各级人民政府应当把提高产品质量纳入国民经济和社会发展规划，加强对产品质量工作的统筹规划和组织领导，引导、督促生产者、销售者加强产品质量管理，提高产品质量，组织各有关部门依法采取措施，制止产品生产、销售中违反该法规定的行为，保障该法的施行。

2. 鼓励与奖励

《产品质量法》第六条明确规定，鼓励推行科学的质量管理方法，采用先进的科学技术，鼓励企业产品质量达到并超过行业标准、国家标准和国际标准；对质量管理先进和产品质量达到国际先进水平、成绩显著的单位和个人，给予奖励。

3. 运用法律手段, 强化个人责任

《产品质量法》第九条规定, 各级人民政府工作人员和其他国家机关工作人员不得滥用职权、玩忽职守或者徇私舞弊, 包庇、放纵本地区、本系统发生的产品生产、销售中违反该法规定的行为, 或者阻挠、干预依法对产品生产、销售中违反本法规定的行为进行查处。各级地方人民政府和其他国家机关有包庇、放纵产品生产、销售中违反本法规定的行为的, 依法追究其主要负责人的法律责任。

(二) 产品质量行政监督

1. 产品质量行政监督部门

《产品质量法》规定, 国务院产品质量监督部门主管全国产品质量监督工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。县级以上地方产品质量监督部门主管本行政区域内的产品质量监督工作。县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。这里的产品质量监督部门指国家及地方各级技术质量监督局; 有关部门指各级卫生行政部门、劳动部门、商品检验部门等, 它们依相关法律各司其职, 对某些特定产品的质量进行监督管理。

2. 产品质量行政监督部门的职权

为增强《产品质量法》的刚性, 使产品质量监督部门有职有权依法行政, 有效扭转假冒伪劣产品屡打不绝的严重局面, 《产品质量法》规定, 县级以上产品质量监督部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报, 对涉嫌违反该法规定的行为进行查处时, 可以行使下列职权:

①对当事人涉嫌从事违反《产品质量法》的生产、销售活动的场所实施现场检查; ②向当事人的法定代表人、主要负责人和其他有关人员调查、了解与涉嫌从事违反《产品质量法》的生产、销售活动有关的情况; ③查阅、复制当事人有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料; ④对有根据认为不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品或者有其他严重质量问题的产品, 以及直接用于生产、销售该项产品的原辅材料、包装物、生产工具, 予以查封或者扣押。

县级以上工商行政管理部门按照国务院规定的职责范围, 对涉嫌违反《产品质量法》规定的行为进行查处时, 可以行使上述职权。

【例 12-1】 行政机关对产品质量违法行为作出行政处罚后, 当事人不服的, 可以在接到处罚通知之日起 15 日内采取的办法有 ()。

- A. 向作出处罚决定的机关的上一级机关申请复议
- B. 向人民法院起诉
- C. 请求检察机关审查行政处罚的合法性
- D. 请求原处理机关复议

【解析】 正确答案为 AB。《产品质量法》规定: “当事人对行政处罚决定不服的, 可以在接到处罚通知之日起 15 日内向作出处罚决定的机关的上一级机关申请复议; 当事人也可以在接到处罚通知之日起 15 日内直接向人民法院起诉。”

3. 产品质量监督管理制度的主要内容

根据《产品质量法》的规定, 产品质量的监督管理有以下主要制度。

(1) 产品质量抽查制度。该制度是国家对产品质量监管的基本制度之一。监督的主要方式是抽查, 根据监督抽查的需要, 可对产品进行检验。抽查的重点, 是可能危及人体健康和

人身、财产安全的产品，影响国计民生的重要工业产品，以及消费者、有关组织反映有质量问题的产品。对于抽查的要求，《产品质量法》规定：为保证检验的公正性，法律规定抽查的样品应当在待销产品中随机抽取；为防止增加企业的负担，不得向被检查人收取检验费用，抽取样品的数量也不得超过检验的合理需要。生产者、销售者对抽查结果有异议的，可以在规定的时间内向监督抽查部门或者上级产品质量监督部门申请复检。为避免重复抽查，国家监督抽查的产品，地方不得另行重复抽查；上级监督抽查的产品，下级不得另行重复抽查。

（2）质量状况信息发布制度。为使质量监督管理工作公开、透明，使社会公众及时了解产品质量状况，引导和督促市场经营主体切实提高产品质量，国务院和省、自治区、直辖市人民政府的产品质量监督部门应当定期发布其监督抽查的产品的质量状况公告。政府质量信息发布是消费者知悉真情权的基本要求，也是行使监督权的前提条件，政府有关部门必须依法履行该项职责。

（3）企业质量体系认证制度及产品质量认证制度。企业质量体系认证是由独立的认证机构对企业的质量保证和质量管理能力所作的综合评定，它是由企业自愿申请，由认证机构依据国家颁布的标准依法进行的（该标准与国际通用的 ISO9000《质量管理与质量保证》系列标准等同）。产品质量认证是依据产品标准和相应的技术要求，由独立的认证机构确认某一产品符合相应标准和相应技术要求的活动。对于认证合格的企业和产品，认证机构发给相应的标志和证书，企业可在产品标识、包装或广告宣传中使用，使产品对消费者更具竞争力，并为进入国际市场提供了通行证。

【例 12-2】 2004 年 4 月上旬，有群众举报，四川省宜宾川雄酒业有限公司生产的无标识瓶装 52%浓香型优质白酒在成都市成华区销售。接到举报后，成华区工商局立即组织执法人员进行现场检查和案件调查工作。经查，当事人四川省宜宾川雄酒业有限公司于 2004 年 1 月生产无标识瓶装 52%浓香型优质白酒 1 100 余件（每件 6 瓶），以每瓶 35 元的价格销售给成都民航保安服务站 1 100 件，获销货款 231 万元。执法人员对该批次白酒随机抽样后送检，经检测，判定为不合格。当事人的上述行为违反了《产品质量法》第三十二条的规定，成华区工商局依照《产品质量法》第五十条的规定，决定对当事人处以罚款 22 万元。试论述工商行政管理部门是否依法行使了职权。

【解析】 根据《产品质量法》的规定，我国县级以上地方产品质量监督部门主管本行政区域内的产品质量监督工作，县级以上工商行政管理部门按照国务院规定的职责范围，对涉嫌违反《产品质量法》规定的行为进行查处时，可以行使产品质量监督部门的职权，任何单位和个人都有权对违反规定的行为，向产品质量监督部门或者其他有关部门检举。本案例中群众行使了检举监督权，工商行政管理部门按照法律的规定行使了相应的职权。

（三）产品质量的社会监督

产品质量社会监督，是指用户、消费者以及其他社会组织对产品质量进行监督的制度。

（1）消费者的监督权。消费者有权就产品质量问题，向产品的生产者、销售者查询；有权向产品质量监督部门、工商行政管理部门及有关部门申诉，接受申诉的部门应该负责处理。

（2）社会组织的监督权。保护消费者权益的社会组织可以就消费者反映的产品质量问题建议有关部门负责处理，支持消费者对因产品质量造成的损害向人民法院起诉。

（3）公众的检举权。任何单位和个人有权对违反《产品质量法》规定的行为，向产品质量监督部门或者其他有关部门检举。产品质量监督部门和有关部门应当为检举人保密，并按

照省、自治区、直辖市人民政府的规定给予奖励。

（四）产品质量检验、认证机构

1. 产品质量检验机构

产品质量检验机构是指专门承担产品质量检验工作的法定技术机构，产品质量检验机构分为两类：一类是依法设置的县级以上政府技术监督部门所属的产品质量检验所；另一类是经授权依法从事产品质量检验的机构，如由省级以上技术监督部门授权的国家级产品质量监督检验中心、产品质量监督检验站等。

2. 产品质量认证机构

产品质量认证工作应由专门的机构进行，我国的产品质量认证是由专门的认证委员会完成的；认证委员会在国务院标准化行政主管部门的统一管理下，以独立于生产者、销售者的第三方身份开展认证活动。

3. 对产品质量检验、认证机构的基本要求

（1）从事产品质量检验、认证的社会中介机构必须依法设立，不得与行政机关和其他国家机关存在隶属关系或者其他利益关系。

（2）产品质量检验机构必须具备相应的检测条件和能力，经省级以上人民政府产品质量监督部门或者其授权的部门考核合格后，方可承担产品质量检验工作。

（3）产品质量检验、认证机构必须依法按照有关标准，客观、公正地出具检验结果或者认证证明。认证机构还应对准许使用认证标志的产品进行认证后的跟踪检查，对不符合标准的，可要求其改正；情节严重的，取消其使用认证标志的资格。

单元二 产品质量监督管理制度

一、产品质量监督管理体制

（一）组织体制

产品质量监督管理体制是指划分部门之间、中央与地方之间产品质量监督管理权限的法律制度。我国的产品质量监督管理机构主要有两类：一类是专门机构，即各级技术监督局；另一类是其他部门，包括工商、卫生、医药等管理部门。

（二）权限与职责

国家质量技术监督局对全国产品质量工作的监督管理，是宏观上的、政策性的、指导性的和组织协调性的。地方质量技术监督局具体进行监督管理工作，其中包括依法查处生产、销售伪劣商品等质量违法行为。

质量技术监督局负责组织查处生产和流通领域中的产品质量违法行为，需要工商行政管理局协助的，应予配合；工商行政管理局负责组织查处在市场管理和商标管理中发现的经销掺假及冒牌产品等违法行为，需要质量技术监督局协助的，应予配合；在打击生产和经销伪劣商品违法活动中，按照上述分工，两部门应当密切配合。同一问题，不得重复检查、重复处理。

二、产品质量检验及质量标准制度

（一）质量检验

产品质量应当检验合格，不得以不合格产品（包括处理品、劣质品）冒充合格产品。产品或者其包装上的标识，要有产品质量检验合格证明。产品质量检验合格制度包括两个层次：一是企业的自我合格检验；二是有关机构的合格检验。产品质量检验机构必须具备相应的检测条件和能力，经有权考核的部门考核合格后，方可承担产品质量检验工作。产品出厂要检验，商家进货也要检验。通过检验，把好产品质量关。

（二）质量标准

根据《中华人民共和国标准化法》的要求，按照世界上的通行做法实行产品质量的标准化。产品质量标准可分为强制性标准与一般性标准。《产品质量法》强调指出：“可能危及人体健康和人身、财产安全的工业产品，必须符合保障人体健康、人身、财产安全的国家标准、行业标准；未制定国家标准、行业标准的，必须符合保障人体健康，人身、财产安全的要求。”保障安全、健康，这是最基本的要求，所以要实行强制性标准。除此之外，可实行一般性的、非强制性标准。质量是合同的条款之一，当事人对此应有明确的约定。无法达成明确约定的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

三、企业质量体系认证和产品质量认证制度

（一）企业质量体系认证

企业质量体系认证是指通过认证机构的独立评审，对于符合条件的，颁发认证证书，从而证明该企业的质量体系达到相应标准。其认证的对象是企业，即企业的质量管理、质量保证能力的整体水平。国家根据国际通用的质量管理标准（ISO9000），推行企业质量体系认证制度。企业可以自愿提出申请认证。推行企业质量体系认证，引导企业向国际先进水平努力，有利于促进企业改善经营管理，提高企业整体素质，增强市场竞争能力。

企业质量体系认证的具体程序如下。

- （1）企业向国家认可的认证机构提出申请并报送有关材料。
- （2）由接受申请的认证机构根据国际通用的质量管理标准进行审核。
- （3）经审查合格，认证机构向申请企业颁发企业质量体系认证证书

（二）产品质量认证

产品质量认证是指通过认证机构的独立评审，对于符合条件的，颁发认证证书和认证标志，从而证明某一产品达到相应标准。国家根据国际先进的产品标准和技术要求，推行产品质量认证制度。企业可以自愿提出申请认证。推行产品质量认证，引导企业向国际先进水平看齐，有利于促进企业提高产品质量，提高企业信誉，开拓国内外市场。

产品质量认证的程序包括申请、工厂审查、产品检验和审批四个环节。产品质量认证部门依法对申请认证的产品进行审查和检验，认为合格的，颁发产品质量认证证书，并准许企

业在产品或者其包装上使用产品质量认证标志。

四、产品质量监督检查制度

产品质量监督检查制度主要是指行政性监督检查，即由产品质量监督管理部门组织的对产品质量实行以抽查为主要方式的监督检查制度。这是政府的一项行政职能行为，是对市场主体生产经营行为的必要管理。

国家实行以抽查为主要方式的监督检查制度，抽查的主要对象如下：①可能危及人体健康和人身、财产安全的产品；②影响国计民生的重要工业产品；③用户、消费者或有关组织反映有质量问题的产品。经检查不合格的，质量技术监督部门有权依法作出处理，如警告、罚款、责令停止生产或销售等，并将抽查的结果登报公布。

需要注意的是，检查活动要坚持经济、合理的原则，避免不必要的重复抽查给企业造成负担。凡经国家监督抽查的产品，自抽查之日起 6 个月内，免于其他监督抽查。抽查人员必须按照法定程序行使职权，不得徇私舞弊或流于形式。

单元三 生产者、销售者的产品质量责任和义务

产品质量责任和义务，是指法律、法规规定的生产者、销售者在产品质量方面应当承担的为一定行为和不为一定行为的责任。

一、生产者的产品质量责任和义务

（一）保证产品的内在质量

生产者应当对其生产的产品质量负责。其生产的产品质量应当符合下列要求。

（1）不存在危及人身、财产安全的不合理危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；

（2）具备产品应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；

（3）符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况，即产品应该符合明示担保。

【例 12-3】 甲公司售予乙商场一批玻璃花瓶，称花瓶上有不规则的抽象花纹为新产品，乙商场接货后即行销售，后受到很多消费者投诉，说花瓶上的花纹实际上是裂缝，花瓶漏水，要求乙商场退货并赔偿损失，乙商场与甲公司交涉，甲公司称此类花瓶是用于插装塑料花的，裂缝不影响使用，且有特殊的美学效果，拒绝承担责任。经查，消费者所述属实。下列选项中说法不正确的是（ ）。

- A. 乙商场应予退换并赔偿损失
- B. 乙商场退换并赔偿损失后可向甲公司追偿
- C. 消费者丙被花瓶裂缝划伤，可向甲公司直接索赔
- D. 乙商场无过错，不应当对此负责

【解析】 正确答案为 D。本案例中甲公司生产的这批花瓶已具备了产品应当具备的使用性能，因此商场应对产品质量负责。

（二）提供符合法规要求的标识

产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求。

（1）有产品质量检验合格证明。

（2）有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址。

（3）根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料。

（4）限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期。

（5）使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。

（三）遵守法规对特殊产品包装的要求

易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和有其他特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，应依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项。

【例 12-4】 某厂发运一批玻璃器皿，用印有“龙丰牌方便面”的纸箱包装，在运输过程中，由于装卸工未轻拿轻放而损坏若干件。应承担该损失的部门是（ ）。

A. 装卸工

B. 装卸工的雇主

C. 运输部门

D. 某厂

【解析】 正确答案为 D。根据《产品质量法》第二十八条的规定，产品包装应符合规定的要求；易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和有其他特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，应依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，以标明储藏运输的注意事项。否则，后果自负。

（四）遵守禁止性规定

生产者在必须履行积极义务的同时，还必须承担禁止性义务，生产者违反禁止性规定时，不仅要对用户、消费者承担民事责任，还要向国家承担行政责任，构成犯罪的还要承担刑事责任。具体而言，不作为义务包括如下四条。

（1）不得生产国家明令淘汰的产品。

（2）不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。

（3）不得伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志。

（4）不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。

二、销售者的产品质量责任和义务

（一）销售者的作为义务

1. 执行进货验收制度

销售者应当建立并执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标志。该制度相对消费者及国家市场管理秩序而言是销售者的义务，相对供货商而言则是销售者的权利。严格

执行进货验收制度，可以防止不合格产品进入市场，也可以为准确判断和区分生产者及销售者的产品质量责任提供依据。

2. 保持销售产品的质量

销售者进货后应保持销售产品的质量，根据产品的性质、特点采取必要的措施，以防止产品变质、腐烂、丧失或降低使用性能，产生危害人身、财产的瑕疵等。如果进货时的产品质量符合要求，销售时发生质量问题，销售者应当承担相应的责任。

3. 销售标识符合法定要求的产品

销售者应保证其销售商品的标识符合《产品质量法》的要求，符合进货时验收的状态，更不得更改、覆盖、涂抹产品标志，而应保证产品标识的真实性。同时，销售者对于用户、消费者更负有直接的告知产品警示标志和说明的义务。

（二）销售者的不作为义务

（1）不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品。

（2）销售产品不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。

（3）销售产品不得伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志。

（4）销售产品不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。

单元四 违反《产品质量法》的法律责任

一、构成产品质量法律责任的条件

（1）生产了不符合产品质量要求的产品。

（2）必须有人身伤亡或财产损失的事实。

（3）产品质量不合格与财产损害事实之间有因果关系。

上述三点是生产者的产品责任构成要件，这是一种严格责任。对销售者而言，除了具备以上三个要件之外，还应以其过错的存在为要件。销售者承担责任的归责原则是过错推定原则。

二、产品质量法律责任的范围

根据我国《产品质量法》的规定，违反产品质量法应当承担民事责任、行政责任或刑事责任。

（一）民事责任

（1）修理、更换、退货、赔偿损失责任。

（2）因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，产品生产者应当承担赔偿责任。生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：①未将产品投入流通的；②产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；③产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷存在的。

（3）由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，或者销售者不能指明缺陷产品的生产者或供货者的，销售者应当承担赔偿责任。

（4）因产品存在缺陷造成受害人人身伤害的，侵害人应当赔偿医疗费、治疗期间的护理

费、因误工减少的收入等费用；造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；造成受害人死亡的，并应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用；造成受害人财产损失的，侵害人应当恢复原状或折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人应当赔偿损失。

(5) 因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品生产者的责任，销售者在赔偿后有权向生产者追偿。属于产品销售者的责任，生产者在赔偿后有权向销售者追偿。

【例 12-5】 某日，李女士在家中做饭时高压锅突然爆炸，李女士被炸飞的锅盖击中头部，抢救无效死亡。后据质量检测专家鉴定，高压锅发生爆炸的直接原因是设计不尽合理，使用时造成排气孔堵塞而发生爆炸。本案中，可以判定生产者承担责任的依据是（ ）。

- A. 产品存在的缺陷
- B. 产品买卖合同约定
- C. 产品默示担保条件
- D. 产品明示担保条件

【解析】 正确答案为 A。《产品质量法》规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。”

【例 12-6】 某厂开发一种新型节能炉具，先后制造出 10 件样品，后共有 6 件样品丢失。1996 年某户居民的燃气罐发生爆炸，查明原因是使用了某厂丢失的 6 件样品炉具中的一件，而该炉具存在重大缺陷。该户居民要求某厂赔偿损失，某厂不同意赔偿，下列理由中最能支持某厂立场的是（ ）。

- A. 该炉具尚未投入流通
- B. 该户居民如何得到炉具的事实不清
- C. 该户居民偷盗样品，由此造成的损失应由其自负
- D. 该户居民应向提供其炉具的人索赔

【解析】 正确答案为 A。《产品质量法》规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。生产者能够证明下列情形之一的，不承担赔偿责任：（一）未将产品投入流通的；（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的”。

【例 12-7】 下列产品中存在《产品质量法》所称的“缺陷”的有（ ）。

- A. 致人中毒的假酒
- B. 口感不佳的劣酒
- C. 易醉人的高度酒
- D. 突然爆炸炸坏家具的汽酒（爆炸原因为气压过高）

【解析】 正确答案为 AD。《产品质量法》规定：“本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。”

（二）行政责任

生产者、销售者有违反《产品质量法》规定的情形的，由有关行政管理部门，视情节轻重分别给予责令更正、责令停止生产、没收违法所得、没收违法产品、罚款、吊销营业执照等行政处罚。行政处罚视情节，既可单处，也可并处。

（三）刑事责任

根据《产品质量法》和《刑法》中关于生产、销售伪劣商品犯罪的规定，生产者、销售

者的行为触犯刑律的,应当承担刑事责任。



一、单项选择题

1. 产品质量监督部门查处涉嫌违反《产品质量法》规定的行为时,可以行使()。
A. 拘留权 B. 留置权 C. 调查权 D. 冻结银行存款
2. 根据《产品质量法》的规定,生产者、销售者应当建立健全()。
A. 内部财务制度 B. 内部人事管理制度
C. 内部管理制度 D. 内部产品质量管理制度
3. 任何单位和个人有权对违反《产品质量法》规定的行为,向产品质量监督部门或者其他有关部门()。
A. 抗诉 B. 检举 C. 控告 D. 申诉
4. 以低等级、低档次的产品冒充高等级、高档次产品的行为,即()。
A. 以假充真 B. 以次充好
C. 以不合格产品冒充合格品 D. 伪造冒用名优标志
5. 承担产品质量责任的主体是()。
A. 生产者和销售者 B. 生产者和使用者
C. 生产者、销售者和使用者 D. 使用者
6. 由于销售者的原因使产品存在缺陷,造成他人人身、财产损害的,销售者应当承担赔偿责任,该原因为()。
A. 故意 B. 过失 C. 过错 D. 破坏
7. 《产品质量法》规定,产品缺陷损害赔偿的诉讼时效为()。
A. 20 年 B. 10 年 C. 2 年 D. 1 年
8. 国家对产品质量实行监督检查的主要方式是()。
A. 抽查 B. 自查 C. 抽样 D. 互查
9. 违反《产品质量法》的规定应承担民事赔偿责任或缴纳罚款、罚金,其财产不足以同时支付的,先承担()。
A. 民事责任 B. 罚款
C. 罚金 D. 平均支付各项费用
10. 《产品质量法》规定,拒绝接受依法进行的产品质量监督检查的行为,给予警告,()。
A. 吊销营业执照 B. 责令停止生产、销售
C. 责令停止整顿 D. 责令改正

二、判断题

1. 消费者有权就产品质量问题,向产品的生产者、销售者查询。()
2. 《产品质量法》中所称的产品质量是指产品满足需要的适用性、安全性、可靠性、维修性、经济性和环境所具有的特征、特性的总和。()
3. 伪造厂名、厂址,是指非法制作标注他人厂名、厂址的标识。()
4. 对产品质量监督检查中发现的不合格产品,由质量技术监督部门责令改正,并直接予以公告。()

5. 产品质量应当检验合格, 特殊情况下“处理品”可以代表合格产品销售。()

6. 《产品质量法》规定的罚款和《刑法》规定的罚金, 都是由违法行为人向国家缴纳一定数额的金钱, 二者本质上是一回事。()

7. 产品标识应当有生产者的名称和地址。生产者的名称和地址应当是依法登记注册的, 能承担产品质量责任的生产者的名称和地址。()

8. 根据《产品质量法》的规定, 对生产者专门用于生产以次充好的产品的原辅材料、包装物、生产工具, 应当予以没收。()

9. 销售者进货时应当执行进货检查验收制度, 是指所进的产品都应经过销售者的再次检验。()

10. 《产品质量法》适用的主体为在中华人民共和国境内的公民、法人和社会组织。()

三、综合题

1. 2004 年, 一户赵姓人家在为家中老人祝寿时, 高压锅突然爆炸, 其老人的儿媳妇被锅盖击中头部, 抢救无效死亡。据负责高压锅质量检测的专家鉴定, 高压锅爆炸的直接原因是高压锅的设计有问题, 导致锅盖上的排气孔堵塞。由于高压锅的生产厂家距离遥远, 赵家要求出售此高压锅的商场承担损害民事赔偿责任。但商场声称缺陷不是由自己造成的, 而且商场在出售这种高压锅(尚处于试销期)的时候已与买方签订了一份合同, 约定如果产品存在质量问题, 商场负责退货, 并双倍返还货款, 因而商场只承担双倍返还货款的违约责任。根据所述材料, 回答下列问题。

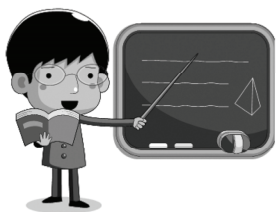
(1) 赵家可否向该商场请求承担责任? 为什么?

(2) 赵家可以请求违约责任还是侵权赔偿责任?

2. 刘某于 2011 年 5 月在商场买了一个电暖气, 当年冬天没有使用。到了 2012 年冬天使用时, 因漏电被电伤, 为此花去医疗费 4 000 余元。于是, 刘某找到商场交涉, 提出电暖气有质量问题, 商场在出售时也没有声明, 因此要求赔偿。商场答复说, 产品质量有问题, 应该去找生产厂家, 商场不负责赔偿。根据所述材料, 回答下列问题。

(1) 商场这个说法正确吗?

(2) 刘某有权提出赔偿吗? 若有, 应该向谁要求赔偿? 可获得哪些赔偿?



模块十三

工业产权法



知识目标

掌握专利权、商标权的基本概念、取得条件及保护的主要规定；熟悉违反工业产权法的法律行为及责任；了解工业产权的概念、范围和特征。

技能目标

具备正确界定专利权属、商标权属的能力；能根据专利权、商标权授予的条件按程序办理专利与商标的申请。

态度目标

培养依法保护专利权和注册商标权的意识。



案例导读

某年6月8日，日本A株式会社向中国专利局提交了一份“新型可折叠自行车”实用新型专利申请，并口头提出要求优先权。中国B自行车厂在该年3月10日向中国专利局提出了具有相同可折叠自行车实用新型专利申请。问题：

- (1) A株式会社应如何履行要求优先权的手续？
- (2) A株式会社就相同主题在日本的第一次申请日是何时才有优先权？为什么？

单元一 工业产权与工业产权法

一、工业产权的概念和特征

(一) 工业产权的概念

工业产权，是指公民或者法人对其智力劳动成果所享有的专有权利。其保护范围主要包括专利权与商标权。它是一种与工商产业的发展密切相关的知识产权。

工业产权是知识产权的重要组成部分。一般认为，专利权与商标权构成工业产权，工业产权与著作权（版权）构成知识产权。

(二) 工业产权的特征

工业产权是与人身权密切联系的无形财产权，较之于有形财产权具有以下特征：

- (1) 专有性。专有性是指法律只赋予享有该项权利的人在专利的有效期内具有独占、使

用、收益和处分的权利，其他任何人未经权利人许可均不能享有或者使用，否则，构成侵权。

(2) 地域性。地域性是指一经确认的工业产权只在该国领域内有效，对其他国家则不发生法律效力，即不具有域外效力。工业产权若要在其他国家获得保护，必须依照该国的法律申请并获得批准。

(3) 时间性。时间性是指该项权利具有一定的有效期限。当法律规定的有效期限届满时，工业产权即失去法律效力，任何人都可以自由地、无偿地使用。

【例 13-1】 甲和乙先后发明了同一样保暖型外墙用建筑材料，并在同一天分别向专利管理机构申请专利，专利管理机构应分别授予他们专利权。请分析这种观点正确吗？

【解析】 不正确。因为工业产权具有专有性。

二、工业产权法

工业产权法是调整因确认、保护、转让和使用工业产权而发生的各种社会关系的法律规范的总称。

我国的工业产权法主要包括由全国人民代表大会常务委员会制定并修订的《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）及实施细则和《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）及实施细则。

单元二 专利法

一、专利法的基本理论

（一）专利权的概念

专利权是指专利权人在法定期限内对其发明创造成果享有的专有权利。它是国家专利行政部门授予发明人或申请人生产经营其发明创造并禁止他人生产经营其发明创造的某种特权，是对发明创造的独占的排他权。

（二）专利法的概念及其调整对象

1. 专利法的概念

专利法是指调整因发明创造的开发、实施及其保护等发生的各种社会关系的法律规范的总称。

2. 专利法的调整对象

- (1) 因确认发明创造的归属而发生的社会关系。
- (2) 因授予发明创造专利权而发生的社会关系。
- (3) 因发明创造专利的实施、转让或者许可实施而发生的社会关系。
- (4) 因发明创造专利权的保护而发生的社会关系。

二、专利权的主体

专利权的主体是指具体参加特定的专利权法律关系并享有专利权的人。根据《专利法》的规定，发明人或者设计人、职务发明创造的单位、外国人和外国企业或者外国其他组织都

可以成为专利权的主体。

（一）发明人或者设计人

《专利法》所称发明人或者设计人，是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。在完成发明创造的过程中，只负责组织工作的人、为物质技术条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人，不是发明人或者设计人。

发明人或者设计人一般具有以下特征。

- （1）发明人或者设计人为自然人。
- （2）发明人或者设计人的认定不受其民事行为能力的限制。
- （3）发明人或者设计人必须是对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。

（二）专利申请人

专利申请人是指有资格就发明创造向专利行政部门申请专利的人或者是已经向专利行政部门提出专利申请的自然人或法人。

（1）专利申请人可以是发明人、设计人，也可以不是发明人、设计人。

（2）职务发明创造的单位，发明创造的受让人、发明人或者设计人的合法继承人，都可以成为专利申请人。

（3）发明人或者设计人有权在专利文件中写明自己是发明人或设计人。专利权人有权在其专利产品或该产品的包装上标明专利标识。

（三）职务发明创造的单位

职务发明创造是指发明人或者设计人执行本单位的任务，或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。凡是不能被证明为职务发明创造的，均为非职务发明创造。

（1）凡符合下列条件之一的，均属于职务发明创造：①在本职工作中作出的发明创造；②履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；③退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后 1 年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造；④主要利用本单位的物质技术条件完成的发明创造。

（2）对于职务发明创造，申请专利的权利属于该单位，申请被批准后，该单位为专利权人。对于非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人，申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。

（3）两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造，除另有协议的以外，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人；申请被批准后，申请的单位或者个人为专利权人。

【例 13-2】 甲是乙公司的研发人员，经长期研究，完成单位交付的研发任务，开发出了一种抗癌新药，现欲申请专利。以下关于该成果权利归属的说法中，正确的有（ ）。

- A. 专利申请权及专利权均归乙公司
- B. 专利申请权归乙公司，专利权归甲
- C. 专利申请权归甲，专利权归乙公司
- D. 乙公司转让专利权时，甲在同等条件下有优先受让权

【解析】 正确答案为 AD。根据相关规定,对于职务发明创造,申请专利的权利属于该单位,申请被批准后,该单位为专利权人,因此选项 B 和选项 C 错误。另外根据有关规定,法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时,职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

(四) 外国人、外国企业或者外国其他组织

根据《专利法》的规定,在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的,依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照互惠原则,根据《专利法》办理。

三、专利权的客体

专利权的客体,又称专利法保护的对象,是指可以获得专利法保护的发明创造。我国《专利法》规定的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。

(一) 发明

1. 发明的概念及特征

发明是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。发明具有如下两个特征:

- (1) 发明是利用自然规律而进行的创造;
- (2) 发明是具体的技术方案。发明应能够解决特定的技术难题,必须产生一定的技术效果,具有一定的实用性。

2. 发明的分类

发明一般分为产品发明和方法发明两类。

(1) 产品发明是指人们通过研究开发出来的关于各种新产品、新材料、新物质等的技术方案,如电子计算机、超导材料等。

(2) 方法发明是指人们为制造产品或者解决某个技术课题而研究开发出来的操作方法、制造方法以及工艺流程等技术方案,如汉字输入方法、无铅汽油的提炼方法等。

(二) 实用新型

1. 实用新型的概念及特征

实用新型是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。实用新型具有如下特征。

- (1) 实用新型是一种新的技术方案,是发明的一部分。
- (2) 实用新型仅限于产品,不包括方法。
- (3) 实用新型要求产品必须是具有固定的形状、构造的产品。气态、液态、凝胶状或颗粒粉末状的物质或者材料,不属于实用新型的产品范围。

【例 13-3】 根据专利法律制度的规定,某汽车制造厂完成的下列新技术成果中,可能获得实用新型专利的是()。

- A. 汽车新燃料 B. 汽车防冻液 C. 汽车发动机 D. 汽车节能方法

【解析】 正确答案为 C。实用新型仅限于产品,不包括方法,因此选项 D 错误;实用新型要求产品必须是具有固定的形状、构造的产品。气态、液态、凝胶状或颗粒粉末状的物质

或者材料，不属于实用新型的产品范围，因此选项 A、B 错误。

2. 实用新型与发明的区别

(1) 保护的范围不同。发明既可以是产品，也可以是方法；而实用新型仅限于产品，不包括方法。

(2) 对创造性的要求不同。发明专利的创造性是指与现有技术相比，具有突出的实质性特点和显著的进步；实用新型专利的创造性是指与现有技术相比，具有实质性特点和进步。

(3) 审查程序不同。发明专利既要发明专利申请进行形式审查，又要对发明专利的内容进行实质审查；而实用新型专利采用形式审查制度，即只审查形式内容而不审查实质内容。

(4) 保护期限不同。发明专利权的保护期限为 20 年；而实用新型专利的保护期限为 10 年。

(三) 外观设计

外观设计是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

1. 外观设计的特征

外观设计具有以下特征。

- (1) 外观设计必须与产品相结合。
- (2) 外观设计必须能在产业上应用。
- (3) 外观设计富有美感。

2. 外观设计与实用新型的区别

外观设计包含的是美术思想，即解决产品的视觉效果问题，而不是技术思想。这是与实用新型的区别。

【例 13-4】 我国《专利法》规定的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。下列选项中，属于发明特征的有（ ）。

- A. 是利用自然规律而进行的创造
- B. 是具体的技术方案
- C. 仅限于产品，不包括方法
- D. 必须与产品相结合

【解析】 正确答案为 AB。选项 C 是实用新型的特征；选项 D 是外观设计的特征。

四、授予专利权的条件

(一) 授予专利权的发明和实用新型应当符合的条件

授予专利权的发明和实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性。

1. 新颖性

(1) 新颖性的概念。新颖性是指该发明或者实用新型不属于现有技术，也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。

(2) 新颖性的判断标准。

① 现有技术。现有技术是指申请日以前在国内外为公众所知的技术。（注意：是国内外，不论发表还是使用。原《专利法》是：在国内外出版物上公开发表、在“国内”公开使用）

② 公开。公开的方式、公开的地域标准、公开的时间标准，构成了新颖性判断标准的重

要内容。公开的方式：一是出版物公开或书面公开，包括印刷品、胶片、磁带、电子出版物等；二是使用公开，包括产品的制造、使用、销售、公开演示、展览等；三是其他方式的公开，包括口头公开、广播公开等。公开的地域标准：我国采用的是世界性标准，即凡是在世界任何一个地方公开过的技术，都不具备新颖性。公开的时间标准：我国采取的是申请日的标准，即以国务院专利行政部门收到专利申请文件之日为申请日。如果申请文件是邮寄的，以寄出的邮戳日为申请日。

③ 抵触申请。抵触申请是指由于在先申请的存在，使得在后申请的同一发明创造不具备新颖性。需要指出的是，如果先申请在被公布以前撤回、放弃或者被视为撤回或者被驳回，则不能构成抵触申请。

【例 13-5】 专利申请人在专利公开以后撤回专利申请的，该发明创造丧失新颖性，其他人就此发明创造提出的专利申请，都会被驳回。请问此说法是否正确？

【解析】 正确。凡是公开过的技术，都不具备新颖性。而由于在先申请的存在，使得在后申请的同一发明创造不具备新颖性。

(3) 丧失新颖性的例外。申请专利的发明创造在申请日以前 6 个月内，有下列情形之一的，不丧失新颖性：① 在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；② 在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的；③ 他人未经申请人同意泄露其内容的。

这里所称中国政府承认的国际展览会，是指国际展览会公约规定的在国际展览局注册或者由其认可的国际展览会；所称学术会议或者技术会议，是指国务院有关主管部门或者全国性学术团体组织召开的学术会议或者技术会议。

【例 13-6】 甲于 2008 年 8 月 1 日向国家知识产权局提出一个关于吸尘器的发明专利申请。在甲申请专利之前发生的下列事实中，不会影响甲专利申请新颖性的有（ ）。

A. 2008 年 3 月 15 日，甲在中国政府主办的一个国际展览会上首次展出了这种吸尘器

B. 2008 年 4 月 10 日，应当承担保密义务的工作人员乙，未经甲同意擅自在一个学术会议上公布了该发明

C. 2008 年 5 月 12 日，甲在国家商务部组织召开的一个技术会议上首次发表了介绍该发明的演讲

D. 2008 年 6 月 18 日，甲在某国际性学术刊物上首次刊登了介绍该发明的学术论文

【解析】 正确答案为 ABC。申请专利的发明创造在申请日以前 6 个月内，有下列情形之一的，不丧失新颖性：① 在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的，因此选项 A 正确；② 在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的，因此选项 C 正确；③ 他人未经申请人同意泄露其内容的，因此选项 B 正确。

2. 创造性

创造性是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步。

3. 实用性

实用性是指该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。实用性一般具备三个条件。

(1) 具有可实施性。发明创造必须能够解决技术问题，并且能够在产业中应用，能够制造或者使用。

(2) 具有再现性。所属技术领域的技术人员根据公开的技术内容,能够重复实施专利申请中为解决技术问题所采用的技术方案。

(3) 具有有益性。发明创造能够在经济、技术和社会等领域产生积极和有益的效果。

(二) 授予专利权的外观设计应当符合的条件

授予专利权的外观设计,应当不属于现有设计;也没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请,并记载在申请日以后公告的专利文件中。授予专利权的外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比,应当具有明显区别。授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。上述所称现有设计,是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。

外观设计的新颖性在判断标准上与发明、实用新型的新颖性基本相同。

(三) 不授予专利权的项目

对下列各项,不授予专利权。

(1) 科学发现。

(2) 智力活动的规则和方法(进行智力活动的设备、装置或根据智力活动的规则和方法而设计制作的仪器、用具,可依法授予专利权)。

(3) 疾病的诊断和治疗方法(对于血液、毛发、尿样等脱离了人体的物质的化验方法可以依法授予专利权;用于诊断或治疗的仪器、设备或器械,可以依法授予专利权)。

(4) 动物和植物品种(对动植物品种的生产方法,可以依照规定授予专利权)。

(5) 用原子核变换方法获得的物质。

(6) 对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计。

对违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造,不授予专利权。对违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源,并依赖该遗传资源完成的发明创造,不授予专利权。对专用于伪造货币的方法或工具的发明创造不得授予专利权。若发明创造本身的目的并不违法,但其实施可能破坏社会公德或者妨害公共利益,也不能被授予专利权。

五、专利权的取得、行使和转让

(一) 专利权的取得

1. 专利的申请

(1) 专利申请的原则。

① 先申请原则。先申请原则是指在两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专利的情况下,对先提出申请的申请人授予专利权。先申请的判断标准是专利申请日。两个以上申请人在同一日分别就同样的发明创造申请专利的,应当在收到专利行政管理部门的通知后自行协商确定申请人。

② 单一性原则。即一份专利申请文件只能就一项发明创造提出专利申请。

同样的发明创造只能授予一项专利权。但是,同一申请人同日对同样的发明创造既申请实用新型专利又申请发明专利,先获得的实用新型专利权尚未终止,且申请人声明放弃该实用新型专利权的,可以授予发明专利权。

③ 优先权原则。优先权原则是指将专利申请人首次提出专利申请的日期，视为后来一定期限内专利申请人就相同主题在他国或本国提出专利申请的日期。专利申请人依法享有的这种权利称为优先权，享有优先权的首次申请日称为优先权日。优先权包括外国优先权和本国优先权。

外国优先权，指申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起 6 个月内，又在中国就相同主题提出专利申请的，可以享有优先权。

本国优先权，指申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，又向国务院专利行政部门就相同主题提出专利申请的，可以享有优先权（外观设计中，没有“本国优先权”）。

申请人要求优先权的，应当在申请时提出书面声明，并且在 3 个月内提交第一次提出的专利申请文件的副本；未提出书面声明或者逾期未提交专利申请文件副本的，视为未要求优先权。

【例 13-7】 中国学者王某在法国完成一项产品发明。2010 年 5 月 5 日，王某以这项成果在法国提出专利申请。2010 年 6 月 16 日，出席过研讨会的某研究所工程师张某，就该发明在中国提出专利申请。2011 年 4 月 28 日，王某又以该发明在中国提出专利申请，同时提出要求优先权的书面声明，并按时提交了有关文件。下列说法正确的是（ ）。

- A. 张某申请在先，按照先申请原则，享有专利申请权
- B. 王某享有外国优先权，故专利申请应属王某
- C. 王某是中国人，不应享有外国优先权
- D. 王某行使了本国优先权，所以专利申请权应属王某

【解析】 正确答案为 B。本案例中，申请人王某自发明在法国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，又在中国就相同主题提出专利申请，可以享有优先权。

（2）专利申请的提出、修改和撤回。

① 专利申请的提出。专利权不能自动取得，申请人必须履行《专利法》规定的专利申请手续，向国务院专利行政部门提交必要的申请文件。

申请发明或者实用新型专利的，应当提交请求书、说明书及其摘要和权利要求书等文件。

申请外观设计专利的，应当提交请求书、该外观设计的图片或者照片以及对该外观设计的简要说明等文件。

国务院专利行政部门收到专利申请文件之日为申请日。如果申请文件是邮寄的，以寄出的邮戳日为申请日。邮戳日不清楚的，除当事人能够提出证明外，以国务院专利行政部门收到日为申请日。

② 专利申请的修改。专利申请的修改，可以由申请人自己主动提出修改，也可以根据国务院专利行政部门的要求进行修改。对于根据国务院专利行政部门的要求进行修改的，申请人应当在指定的期限内修改申请，逾期不修改的，应视为撤回；经修改后仍不符合《专利法》规定的，国务院专利行政部门应当予以驳回。

③ 专利申请的撤回。申请人可以在被授予专利权之前随时撤回其专利申请。专利申请被撤回后，该申请视为自始即不存在。

如果专利申请的撤回是在专利“公开以前”提出的，在撤回之后，申请人可以重新提出申请，其他人也可以就相同的发明创造提出专利申请。如果撤回是在专利“公开以后”提出

的,该发明创造已丧失新颖性,任何人就此发明创造提出申请都会被驳回(视为自始即不存在)。

2. 专利申请的审查批准

(1) 发明专利申请的审查批准。

① 初步审查,主要是形式审查。

② 申请公开。国务院专利行政部门对发明专利申请经初步审查认为符合《专利法》规定要求的,自申请日起满 18 个月,即行公布。国务院专利行政部门还可以根据申请人的请求早日公布其申请。

③ 实质审查。实质审查是国务院专利行政部门根据申请人的请求,对发明的新颖性、创造性、实用性等实质性条件进行的审查。

发明专利申请人在提出实质审查请求时,以及在收到国务院专利行政部门发出的发明专利申请进入实质审查阶段通知书之日起的 3 个月内,可以对发明专利申请主动提出修改。

实用新型或者外观设计专利申请人自申请日起 2 个月内,可以对实用新型或者外观设计专利申请主动提出修改。

发明专利申请自申请日起 3 年内,国务院专利行政部门可以根据申请人随时提出的请求,对其申请进行实质审查;申请人无正当理由逾期不请求实质审查的,该申请即被视为撤回。国务院专利行政部门认为必要时,可以自行对发明专利申请进行实质审查。

④ 授权决定。发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的,由国务院专利行政部门作出授予发明专利权的决定,发给发明专利证书,同时予以登记和公告。发明专利权自公告之日起生效。

(2) 实用新型和外观设计专利申请的审查批准。

① 国务院专利行政部门受理实用新型和外观设计专利申请后,只进行初步审查,不进行申请公开和实质审查程序。

② 实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的,由国务院专利行政部门作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定,发给相应的专利证书,同时予以登记和公告。

③ 实用新型专利权和外观设计专利权自公告之日起生效。

(3) 专利的复审。

国务院专利行政部门设立专利复审委员会。专利申请人对国务院专利行政部门驳回申请的决定不服的,可以自收到通知之日起 3 个月内,向专利复审委员会请求复审。

(二) 专利权的行使

任何单位或者个人实施他人专利的,应当与专利权人订立实施许可合同,向专利权人支付专利使用费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利。

专利申请权或者专利权的共有人对权利的行使有约定的,从其约定。没有约定的,共有人可以单独实施或者以普通许可方式许可他人实施该专利;许可他人实施该专利的,收取的使用费应当在共有人之间分配。除上述情形外,行使共有的专利申请权或者专利权,应当取得全体共有人的同意。

被授予专利权的单位应当自专利权公告之日起 3 个月内发给发明人或者设计人奖金。

(1) 一项发明专利的奖金最低不少于 3 000 元;一项实用新型专利或者外观设计专利的奖

金最低不少于 1 000 元。

(2) 没有约定“报酬的方式和数额”的, 被授予专利权的单位在专利权有效期限内, 实施发明创造专利后, 每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于 0.2%, 作为报酬支付发明人或者设计人; 或者参照上述比例, 发给发明人或者设计人一次性报酬。

(3) 被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其专利的, 应当从收取的使用费中提取不低于 10% 作为报酬支付发明人或者设计人。

【例 13-8】 甲国有企业取得一项发明专利, 发明人是工程师张某。该企业当年实施该项发明专利的营业利润为 100 万元, 同时许可乙公司实施其专利收取使用费为 20 万元。张某当年应得到的奖励和报酬至少是 ()。

- A. 2 000 元 B. 10 000 元 C. 25 000 元 D. 43 000 元

【解析】 正确答案为 D。一项发明专利的奖金最低不少于 3 000 元; 实施发明创造专利后, 每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2% ($100 \text{ 万元} \times 2\% = 2 \text{ 万元}$); 许可其他单位或者个人实施其专利的, 应当从许可实施该项专利收取的使用费中提取不低于 10% ($20 \text{ 万元} \times 10\% = 2 \text{ 万元}$) 作为报酬。

(三) 专利权的转让

专利权的转让, 是指专利权人将专利申请权和专利权转让给他人的行为。

转让专利申请权或者专利权的, 当事人应当订立书面合同, 并向国务院专利行政部门登记, 由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。

专利权人与他人订立的专利实施许可合同, 应当自合同生效之日起 3 个月内向国务院专利行政部门备案。以专利权出质的, 由出质人和质权人共同向国务院专利行政部门办理出质登记。

六、专利权的终止和无效

(一) 专利权的终止

专利权的终止, 是指专利权因期限届满或者其他原因在期限届满前失去法律效力。专利权终止后, 被授予专利权的发明创造成为人类的共同财富, 任何单位和个人都可以无偿使用。

有下列情形之一的, 专利权终止: ①专利权的期限届满的; ②没有按照规定缴纳年费的; ③专利权人以书面声明放弃其专利的; ④专利权人死亡, 无继承人或受遗赠人的。

专利权在期限届满前终止的, 由国务院专利行政部门登记和公告。

(二) 专利权的无效

1. 专利权无效的概念及理由

专利权无效是指已经取得的专利权因不符合《专利法》的规定, 根据有关单位或个人的请求, 经专利复审委员会审核后被宣告无效。

宣告专利权无效的理由如下。

(1) 授予专利权的发明创造不符合《专利法》规定的授予专利权的实质性条件。

(2) 授予专利权的发明创造不符合《专利法》规定的关于专利申请文件的撰写要求或专

利申请文件修改范围的规定。

(3) 授予专利权的发明创造不属于《专利法》规定的发明、实用新型和外观设计。

(4) 授予专利权的发明创造不符合先申请原则和单一性原则。

(5) 授予专利权的发明创造属于《专利法》规定的不授予专利权的项目，或者属于依照《专利法》关于申请在先取得专利权的规定而不能取得专利权的项目。

2. 专利权宣告无效的程序

(1) 请求宣告专利权无效的单位或个人，应当向专利复审委员会提出请求书，并说明理由。

(2) 宣告专利权无效的决定，由国务院专利行政部门登记和公告。

(3) 对专利复审委员会宣告专利权无效或者维持专利权的决定不服的，可以自收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。

3. 专利权宣告无效的法律效力

(1) 宣告无效的专利权视为自始即不存在。

(2) 宣告专利权无效的决定，对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。但是因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。

(3) 依照上述规定不返还专利侵权赔偿金、专利使用费、专利权转让费，明显违反公平原则的，应当全部或者部分返还。

七、专利实施的强制许可

1. 专利实施的强制许可的概念

专利实施的强制许可，是指国务院专利行政部门依照法定条件和程序颁布的实施专利的一种强制性许可方式。申请人获得这种许可后，不必经专利权人的同意，就可以实施专利。

2. 给予强制许可的情形

有下列情形之一的，国务院专利行政部门根据具备实施条件的单位或者个人的申请可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。

(1) 专利权人自专利权被授予之日起满3年，且自提出专利申请之日起满4年，无正当理由未实施或者未充分实施其专利的。

(2) 专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为，为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响的。

(3) 在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益。

(4) 为了公共健康目的，对取得专利权的药品。

(5) 一项取得专利权的发明或者实用新型比前已经取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的。

3. 专利实施的强制许可程序

请求给予强制许可的，应当向国务院专利行政部门提交强制许可请求书，说明理由并附有关证明文件。国务院专利行政部门应当将强制许可请求书的副本送交专利权人，专利权人应当在国务院专利行政部门指定的期限内陈述意见；期满未答复的，不影响国务院专利行政部门作出决定。国务院专利行政部门在作出驳回强制许可请求的决定或者给予强制许可的决

定前，应当通知请求人和专利权人拟作出的决定及其理由。

4. 专利实施的强制许可限制

取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费，其数额由双方协商；双方不能达成协议的，由国务院专利行政部门裁决。

5. 争议的解决方式

专利权人对国务院专利行政部门关于实施强制许可的决定不服的，专利权人和取得实施强制许可的单位或者个人对国务院专利行政部门关于实施强制许可的使用费的裁决不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。

【例 13-9】 经法定程序，国家专利行政部门强制许可甲企业实施乙公司某项发明。对此，下列表述正确的是（ ）。

- A. 甲企业可以不经乙公司同意实施该发明
- B. 甲企业可以不向乙公司支付任何费用
- C. 甲企业不得许可他人实施该发明
- D. 甲企业在一定区域内享有该发明独占的实施权

【解析】 正确答案为 AC。取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费，其数额由双方协商；双方不能达成协议的，由国务院专利行政部门裁决。

八、专利权的保护

（一）专利权的期限

发明专利权的期限为 20 年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为 10 年，均自申请日起计算。

【例 13-10】 根据《专利法》的规定，下列各项关于外观设计专利申请及专利权的表述中，不正确的是（ ）。

- A. 外观设计专利申请应当与产品结合
- B. 外观设计专利申请不进行实质审查
- C. 外观设计专利权可以被强制许可
- D. 外观设计专利权的保护期为 10 年

【解析】 正确答案为 C。根据《专利法》的规定，外观设计是产品的外观设计，必须与产品相结合，因此选项 A 正确，不选；实用新型和外观设计专利申请都不进行实质审查，因此选项 B 正确，不选；外观设计保护期是 10 年，自申请日起算，因此选项 D 正确，不选；发明和实用新型专利可以被强制许可，外观设计不适用强制许可，因此选项 C 错误，当选。

（二）专利权的保护范围

专利权的保护范围，是指专利权效力所及的发明创造的技术特征和技术幅度。因此，专利权的范围即专利权的保护范围。

（三）侵害专利权的行为

1. 侵害专利权的行为

（1）未经专利权人许可，实施其专利的行为。包括：①未经专利权人许可，为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品；②未经专利权人许可，为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

（2）假冒专利的行为。专利权终止前依法在专利产品、依照专利方法直接获得的产品或者其包装上标注专利标识，在专利权终止后许诺销售、销售该产品的，不属于假冒专利行为。

（3）以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法的行为。

（4）侵夺发明人或者设计人的非职务发明创造专利申请权以及其他权益的行为。

2. 不视为侵犯专利权的行为

（1）专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的。

（2）在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的。

（3）临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的。

（4）专为科学研究和实验而使用有关专利的。

（5）为提供行政审批所需要的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的。

【例 13-11】 甲公司 2012 年 5 月 14 日获得一项外观设计专利，乙公司未经甲公司许可，擅自为生产经营目的制造该专利产品。乙公司未经甲公司许可，以生产经营目的所为的下列行为中，未构成侵权行为的是（ ）。

- A. 使用乙公司制造的该专利产品
- B. 销售乙公司制造的该专利产品
- C. 进口乙公司制造的该专利产品
- D. 许诺销售乙公司制造的该专利产品

【解析】 正确答案为 A。根据《专利法》的规定，侵害专利权的行为包括：未经专利权人许可，为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。所以，只有选项 A 未构成侵权行为。

【例 13-12】 某公司发明的一种产品被授予专利，下列情形中构成侵犯其专利权的是（ ）。

- A. 甲企业购进并使用了该公司制造的该种产品
- B. 乙研究所未经该公司同意，为进行科学实验制造该产品
- C. 丙残疾人福利厂未经该公司同意，制造并出售该产品
- D. 丁公司在该专利申请日前已经制造相同产品，并在原有范围内继续制造该产品

【解析】 正确答案为 C。未经专利权人许可，实施其专利的行为，构成侵犯专利权。

（四）侵害专利权行为的法律责任

1. 民事责任

侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予 1 万元以上 100 万元以下的赔偿。

为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。

2. 行政责任

假冒专利的，除依法承担民事责任外，由管理专利工作的部门责令改正并予公告，没收违法所得，可以并处违法所得 4 倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处 20 万元以下的罚款。

3. 刑事责任

刑事责任只限于假冒他人专利且情节严重的情形。

【例 13-13】 甲商场在“五一”期间开展“优惠万万家”促销活动。有关部门发现甲商场销售的拉杆箱存在侵犯乙公司专利权的情形，但甲商场能够证明该产品的合法来源，且不知道该产品是侵犯专利权的产品。下列表述中，正确的是（ ）。

- A. 甲商场可以继续销售该产品
- B. 甲商场应停止销售该产品，但无须承担赔偿责任
- C. 甲商场不必停止销售该产品，但应承担赔偿责任
- D. 甲商场应停止销售该产品并承担赔偿责任

【解析】 正确答案为 B。根据《专利法》的规定，为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任，因此选项 B 正确。

（五）侵害专利权案件的处理

1. 纠纷处理

（1）向人民法院起诉。由当事人协商解决，不愿协商或者协商不成的，可向人民法院起诉。

（2）请求管理专利工作的部门处理。认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为。当事人不服的，可以自收到处理通知之日起 15 日内依照《行政诉讼法》向人民法院起诉。侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的，管理专利工作的部门可以申请人民法院强制执行；进行调解，调解不成的，当事人可以依照《民事诉讼法》向人民法院起诉。

2. 举证责任

（1）专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利方法的证明。

（2）专利侵权纠纷涉及实用新型专利或者外观设计专利的，人民法院或者管理专利工作的部门可以要求专利权人或者利害关系人出具由国务院专利行政部门对相关实用新型或者外观设计进行检索、分析和评价后作出的专利权评价报告，作为审理、处理专利侵权纠纷的证据。

(3) 在专利侵权纠纷中,被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的,不构成侵犯专利权。

(六) 诉前救济措施及诉讼时效

1. 诉前救济措施

专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其专利权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

2. 专利侵权诉讼时效

(1) 侵犯专利权的诉讼时效为 2 年,自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知侵权行为之日起计算。

(2) 发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明未支付适当使用费的,专利权人要求支付使用费的诉讼时效为 2 年,自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算。但是,专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的,自专利权授予之日起计算。

(3) 权利人超过 2 年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在继续,在该项专利权有效期内,人民法院应当判决被告停止侵权行为,侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算 2 年计算。

【例 13-14】 甲公司申请某项发明专利,在该发明专利申请公布后至专利权授予前,甲公司发现乙公司使用该发明,乙公司拒绝支付使用费。根据《专利法》的规定,甲公司要求乙公司支付使用费的诉讼时效起算日应当是()。

- A. 甲公司发现乙公司使用其发明之日
- B. 乙公司使用其发明之日
- C. 该发明专利权授予之日
- D. 该发明专利申请公布之日

【解析】 正确答案为 C。发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明未支付适当使用费的,专利权人要求支付使用费的诉讼时效为 2 年,自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算。但是,专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的,自专利权授予之日起计算。

单元三 商标法

一、商标法的基本理论

(一) 商标的概念

商标是指由文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合,以及上述要素的组合,用于一定的商品或者服务项目,用以区别商标使用者与同类商品的生产经营者或者同类服务业经营者的显著标记。

(二) 商标的分类

1. 根据商标的结构划分

根据商标的结构,商标分为文字商标、图形商标、数字商标、三维商标和组合商标。

- (1) 文字商标是以文字为主组成的商标;
- (2) 图形商标是指用图形构成的商标;
- (3) 数字商标是以阿拉伯数字组成的商标;
- (4) 三维商标即立体商标;
- (5) 组合商标是以文字、图形、数字等组合起来的商标。

2. 根据商标的用途划分

根据商标的用途, 商标分为商品商标和服务商标。

- (1) 商品商标是用于生产销售的商品上的标记;
- (2) 服务商标是用于服务行业, 以便与其他服务行业相区别的标记。

【例 13-15】 甲在空调上使用“兰花”注册商标。根据商标的分类, 甲的“兰花”商标能够被归入的商标类型有 ()。

- A. 文字商标 B. 商品商标 C. 图形商标 D. 服务商标

【解析】 正确答案为 AB。文字商标是以文字为主组成的商标, “兰花”是文字, 因此属于文字商标; 用于生产销售的商标上的标记是商品商标, 由于该商标是在空调上使用, 因此属于商品商标。

3. 根据商标的作用和功能划分

根据商标的作用和功能, 商标分为证明商标、集体商标、防御商标和联合商标。

(1) 证明商标是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制, 而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务, 用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

(2) 集体商标是指以团体、协会或者其他组织名义注册, 供该组织成员在商事活动中使用, 以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。

(3) 防御商标是指将同一商标注册于不同的商品或服务上, 构成一个防御体系, 以防止他人在不同商品或服务上使用该商标并可能给消费者造成混淆。

(4) 联合商标是指在相同或类似商品或服务上注册的与已注册商标相近似的商标。

4. 根据商标在相关市场上的知名度划分

根据商标在相关市场上的知名度, 商标分为驰名商标、著名商标和知名商标。

(1) 驰名商标是指由商标局认定的, 在市场上享有较高声誉并为相关公众所熟知的商标。

(2) 著名商标是指由省级工商行政管理部门认可的, 在该行政区划范围内具有较高声誉和市场知名度的商标。

(3) 知名商标是指由市级工商行政管理部门认可的, 在该行政区划范围内具有较高声誉和市场知名度的商标。

二、商标权

(一) 商标权的概念及特征

商标权是指商标所有人对其商标拥有的独占的、排他的权利。商标权与所有权一样, 属于绝对权的范围, 即权利主体对其注册商标享有完全的使用权和排他的权利。从权利的特征上看, 商标权与一般知识产权一样, 具有无形性、法定性、专有性、地域性和时间性。

（二）商标权的主体

商标权的主体范围包括自然人、法人和其他组织。

两个以上自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册同一商标，共同享有和行使该商标专用权。

（三）商标权的客体

商标权的客体是指经商标局核准注册的商标，即注册商标。注册商标包括商品商标、服务商标、集体商标、证明商标。

申请注册的商标应当具备两个条件：具备显著性；符合可视性要求（气味标志、音响标志不能成为注册商标）。

下列标志不得作为商标使用。

（1）同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的。

（2）同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的，但该国政府同意的除外。

（3）同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外。

（4）与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外。

（5）同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的。

（6）带有民族歧视性的。

（7）夸大宣传并带有欺骗性的。

（8）有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

（9）县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外。已经注册的使用地名的商标继续有效。

【例 13-16】 根据《商标法》的规定，下列选项中，不得作为注册商标的有（ ）。

A. 三维标志

B. 气味标志

C. 植物名称

D. 与“红十字”标志近似的标志

【解析】 正确答案为 BD。根据《商标法》的规定，商标应当符合可视性要求，因此，气味标志、音响标志不得成为注册商标。同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的标志，也不得成为注册商标。

下列标志不得作为商标注册：①仅有本商品的通用名称、图形、型号的；②仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；③缺乏显著特征的。

以三维标志申请注册商标的，仅有商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。

对驰名商标的特殊保护：①就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用；②就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

未经授权，代理人或代表人以自己的名义将被代理人或被代表人的商标进行注册，被代

理人或被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用。

商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标志的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用。

三、商标注册的申请和审查核准

（一）商标注册的申请

1. 商标注册申请的原则

（1）申请在先原则。

① 两个或者两个以上申请人，先后在同一或类似商品或者服务上，以相同或类似的商标申请注册的，商标权授予申请在先的人。申请先后的确定以申请日为准。

② 两个或者两个以上的申请人，在同一或类似商品或者服务上，以相同或类似的商标在同一天申请注册的，商标权授予使用在先的人。对于使用在先的认定，由申请人自己在接到商标局通知后 30 日内提交第一次使用该商标的日期的证明，同日使用或均未使用的，由各申请人进行协商，协商不成的，由商标局裁定。

（2）优先权原则。

① 商标注册申请人自其商标在外国第一次提出商标注册申请之日起 6 个月内，又在中国就相同商品以同一商标提出商标注册申请的，可以享有优先权。

② 商标在中国政府主办的或者承认的国际展览会展出的商品上首次使用的，自该商品展出之日起 6 个月内，该商标的注册申请人可以享有优先权。

2. 商标注册申请的方法

（1）按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称。

（2）商标注册申请人在不同类别的商品上申请注册同一商标的，应当按商品分类表提出注册申请。

（3）注册商标需要在同一类的其他商品上使用的，应当另行提出注册申请。

（4）注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请。

（5）注册商标需要变更注册人的名义、地址或者其他注册事项的，应当提出变更申请。

3. 商标注册申请的期限

（1）提交日期和申请日期的确定。提交日期的确定：①直接递交的，以递交日为准；②邮寄的，以寄出的邮戳日为准；③邮戳日不清晰或者没有邮戳的，以商标局或者商标评审委员会实际收到日为准，但是当事人能够提出实际邮戳日证据的除外。申请日期的确定：以商标局收到申请文件的日期为准；需要补正的，在规定期限内（30 日内）补正并交回商标局的，保留申请日期；期满未补正的，视为放弃申请，商标局应当书面通知申请人。

（2）两个或者两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，分别以相同或者近似的商标在同一天申请注册的：①各申请人应当自收到商标局通知之日起 30 日内提交其申请注册前在先使用该商标的证据；②同日使用或者均未使用的，各申请人可以自收到商标局通知之日起 30 日内自行协商，并将书面协议报送商标局；③不愿协商或者协商不成的，商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他人的注册申请。商标局已经通知但申请人未参加抽签的，视为放弃申请，商标局应当书面通知未参加抽签的申请人。

（二）商标注册的审查核准

商标注册的审查核准主要包括形式审查、实质审查、公告核准三个阶段。对于有争议的商标，还可能发生复审或者裁定。

申请注册的商标，凡符合《商标法》规定的，由商标局初步审定，予以公告。对初步审定的商标，自公告之日起 3 个月内，任何人均可以提出异议，公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予以公告。

【例 13-17】 根据商标法律的规定，下列关于商标注册申请的表述中，正确的是（ ）。

- A. 商标局对受理的商标注册申请，在初步审定公告前，不进行实质审查
- B. 如果商标局驳回了商标注册申请人的申请，商标注册申请人有权直接向人民法院提起诉讼
- C. 申请注册的商标在商标局初步审定并公告后，即取得该注册商标专用权，但他人有权提出异议
- D. 商标注册的申请日期，以商标局收到申请文件的日期为准

【解析】 正确答案为 D。选项 A 的说法没有依据；根据规定，对驳回申请的商标，注册申请人不服的，可以向商标评审委员会申请复审，当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以向人民法院起诉，因此应当先复审，所以选项 B 错误；根据规定，对初步审定的商标，自公告之日起 3 个月内，任何人均可以提出异议。公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告，所以选项 C 错误。

四、注册商标的变更、续展和转让

（一）注册商标的变更

注册商标的变更是指注册商标所有人依法变更注册商标事项的行为。

变更商标注册人名义、地址或者其他注册事项的，应当向商标局提交变更申请书。

变更商标注册人名义的，还应当提交有关登记机关出具的变更证明文件。

变更商标注册人名义或者地址的，商标注册人应当将其全部注册商标一并变更；未一并变更的，视为放弃变更申请，商标局应当书面通知申请人。

（二）注册商标的续展

注册商标的续展是指注册商标所有人在商标注册有效期届满前后的时间内，依法办理一定手续延长其注册商标有效期的制度。

注册商标的有效期为 10 年，自核准注册之日起计算。

注册商标有效期满，需要继续使用的，应当在期满前 6 个月内申请续展注册；在此期间未能提出申请的，可以给予 6 个月的宽展期。宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标。

续展注册可以无限制地重复进行，每次续展注册的有效期为 10 年，自该商标上一次有效期满次日起计算。

【例 13-18】 甲公司在 2003 年 10 月 18 日申请注册“婴宝”商标。2004 年 5 月 10 日该商标被核准注册。根据《商标法》的规定，该公司第一次申请商标续展的最后截止期限是（ ）。

A. 2013 年 10 月 18 日

B. 2014 年 4 月 18 日

C. 2014 年 5 月 10 日

D. 2014 年 11 月 10 日

【解析】 正确答案为 D。根据《商标法》的规定,注册商标有效期满,需要继续使用的,应当在期满前 6 个月内申请续展注册;在此期间未能提出申请的,可以给予 6 个月的宽展期。商标有效期为 10 年,本案例中 2014 年 5 月 10 日期满,则期满后 6 个月为 2014 年 11 月 10 日,因此,选项 D 正确。

(三) 注册商标的转让

注册商标的转让是指注册商标所有人依法将因注册商标产生的商标权转让给他人的行为。

注册商标转让后,原注册商标所有人不再享有该注册商标的专用权,受让人成为该注册商标的所有人,享有商标专用权。

转让注册商标的,转让人和受让人应当签订转让协议,并共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。转让注册商标经商标局核准后,发给受让人相应证明,并予以公告。

受让人自公告之日起享有商标专用权。

【例 13-19】 甲公司将自己的注册商标转让给乙公司,双方签订了转让合同。根据《商标法》的规定,乙公司开始享有该注册商标专用权的时间是()。

A. 甲、乙双方签订注册商标转让合同之日

B. 商标局收到注册商标转让申请之日

C. 商标局核准注册商标转让合同之日

D. 商标局核准注册商标转让合同后,予以公告之日

【解析】 正确答案为 D。转让注册商标的受让人自公告之日起享有商标专用权。

五、注册商标的使用许可和争议裁定

(一) 注册商标的使用许可

注册商标的使用许可是指注册商标所有人通过签订商标使用许可合同,许可他人使用其注册商标,同时收取一定的许可使用费。

商标注册人可以通过签订商标使用许可合同,许可他人使用其注册商标。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。

经许可使用他人注册商标的,必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。商标使用许可合同应当报商标局备案。

这里所称商标使用许可,包括以下三类:独占使用许可;排他使用许可;普通使用许可。

【例 13-20】 甲公司将拥有的“飞天”注册商标使用在其生产的乐器产品上。甲公司与乙公司签订商标使用许可合同,甲公司许可乙公司在其生产的乐器上也使用“飞天”注册商标。根据《商标法》的规定,下列表述中,正确的有()。

A. 乙公司必须在其生产的使用“飞天”商标的乐器上标明自己的名称

B. 乙公司必须在其生产的使用“飞天”商标的乐器上标明自己的产地

C. 甲公司应当监督乙公司使用“飞天”商标的乐器的质量

D. 乙公司应当保证使用“飞天”商标的乐器的质量

【解析】 正确答案为 ABCD。商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。

（二）注册商标争议的裁定

除以下两种情形外，对已经注册的商标有争议的，可以自该商标经核准注册之日起 5 年内，向商标评审委员会申请裁定。

（1）已经注册的商标，违反《商标法》不得作为商标使用的标志的规定、不得作为商标注册的标志的规定、不得以三维标志申请注册商标情形的规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局撤销该注册商标；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。

（2）已经注册的商标，违反《商标法》有关不予注册并禁止使用的规定的，或者违反《商标法》有关申请商标注册不得损害他人现有的在先权利、不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标的规定的，商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。对恶意注册的，驰名商标所有人不受 5 年的时间限制。

【例 13-21】 恶意注册他人驰名商标且已获得核准的，驰名商标注册人可以请求商标评审委员会撤销该注册商标，但是必须在该恶意注册人的商标获得注册之日起 5 年内提出。（ ）

【解析】 正确答案为×。已经注册的商标，违反《商标法》或者有关规定的，自商标注册之日起 5 年内，商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。对恶意注册的，驰名商标所有人不受 5 年的时间限制。

六、商标使用的管理

1. 对注册商标使用的管理

使用注册商标，有下列行为之一的，由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标。

- （1）自行改变注册商标的。
- （2）自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项的。
- （3）自行转让注册商标的。
- （4）连续 3 年停止使用的。

有上述第（1）～（3）项行为之一的，由工商行政管理部门责令商标注册人限期改正；拒不改正的，报请商标局撤销其注册商标。有上述第（4）项行为的，任何人都可以向商标局申请撤销该注册商标，并说明有关情况。

2. 监督使用注册商标的商品质量

3. 对被撤销或注销的商标的管理

注册商标被撤销的或者期满不再续展的，自撤销或者注销之日起 1 年内，商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请，不予核准。

4. 对必须使用注册商标的商品的管理

【例 13-22】 2005 年 5 月，甲公司开发出一种新的儿童玩具，并将其命名为“开心球”，使用注册商标“欢庆”。但甲公司在包装广告宣传中，均突出宣传“开心球”，故消费者熟知“开心球”，却不熟悉“欢庆”商标。2007 年 3 月，当地的乙公司向商标局提出“开心球”商标的注册申请，用于儿童玩具，并于 2009 年 12 月被核准注册。下列表述中，正确的有（ ）。

- A. 乙公司的行为属于合法竞争
- B. 甲公司可向商标评审委员会申请撤销乙公司的注册商标
- C. 乙公司没有侵犯甲公司的商标专用权
- D. 甲公司就“开心球”用于儿童玩具的商标申请享有优先权

【解析】 正确答案为 BC。乙公司的行为属于擅自使用知名商品特有的名称，使购买者误认为是该知名商品的不正当竞争行为，因此选项 A 错误；申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标，否则自商标注册之日起 5 年内，商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标，因此选项 B 正确；由于“开心球”并没有注册为商标，因此甲公司不享有商标专用权，因此选项 C 正确；本案例情形不适用享有优先权的规定，因此选项 D 错误。

七、注册商标专用权的保护

（一）注册商标专用权的保护范围及期限

注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。因此，注册商标专用权的范围即其保护范围。注册商标超过有效期限没有续展的，即不再受到法律的保护。注册商标的有效期为 10 年，可无限续展。

（二）侵犯注册商标专用权的行为及其法律责任

有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：①未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；②销售侵犯注册商标专用权的商品的；③伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；④未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；⑤给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

【例 13-23】 根据商标法律制度的规定，下列情形中，构成侵犯注册商标专用权的有（ ）。

- A. 甲复制乙注册的驰名商标，在不相同商品上作为商标使用，误导公众，致使乙的利益受到损害
- B. 丙销售不知道是侵犯乙的注册商标权的商品，且丙证明了该商品是自己合法取得的并说明了商品的提供者
- C. 未经商标注册人乙同意，丁更换了乙商品上的注册商标并将该更换商标的商品用于个人消费
- D. 戊擅自制造乙的注册商标标识，并将其卖给第三人庚

【解析】 正确答案为 ABD。根据《商标法》的规定，未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的，构成侵权。选项 C 是“用于个人消费”而非“又投入市场”，不构成侵权。

侵犯注册商标专用权的法律责任包括民事责任、行政责任和刑事责任。

（三）侵犯注册商标专用权案件的处理

对侵犯注册商标专用权的案件，首先由当事人协商解决；当事人不愿协商或者协商不成

的,可以有两种处理方式:由商标注册人或者利害关系人请求工商行政管理部门处理;由商标注册人或者利害关系人向人民法院起诉。

侵犯商标专用权的诉讼时效为 2 年,自商标注册人或者利害关系人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。商标注册人或者利害关系人超过 2 年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在持续,在该注册商标专用权有效期限内,人民法院应当判决被告停止侵权行为;侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算 2 年计算。

八、驰名商标

(一) 驰名商标的认定

驰名商标是指在中国为相关公众广为知晓并享有较高声誉的商标,由商标局、商标评审委员会、人民法院认定,任何组织和个人不得认定或者采取其他变相方式认定驰名商标。

(二) 驰名商标的保护

当事人认为他人使用的商标属于《商标法》规定的侵害其驰名商标的情形,请求保护其驰名商标的,可以向案件发生地的市(地、州)以上工商行政管理部门提出禁止使用的书面请求,并提交证明其商标驰名的有关材料。同时,抄报其所在地省级工商行政管理部门。

工商行政管理部门进行审查。对认为属于法定情形的案件,报送所在地省(自治区、直辖市)工商行政管理部门;省(自治区、直辖市)工商行政管理部门应当自受理当事人请求之日起 15 个工作日内,将全部案件材料报送商标局。

商标局应当自收到有关案件材料之日起 6 个月内作出认定,并将认定结果通知案件发生地的省(自治区、直辖市)工商行政管理部门,抄送当事人所在地的省(自治区、直辖市)工商行政管理部门。



一、单项选择题

1. 某甲向法院起诉某乙侵犯了其制造某种新产品的方法专利,根据法律规定,对侵权行为承担举证责任的是()。

- A. 原告甲 B. 被告乙 C. 法院 D. 专利管理机关

2. 根据《专利法》的规定,外观设计专利权的保护范围以()为准。

- A. 权利要求书
B. 说明书
C. 表示在图片或照片中的该外观设计专利产品
D. 请求书

3. 依照我国《专利法》的规定,可以授予专利权的是()。

- A. 科学发现 B. 智力活动的规则和方法
C. 疾病的诊断和治疗方法 D. 动物和植物品种的生产方法

4. 取得实施强制许可的单位或个人不享有独占的(),并且无权允许他人()。

- A. 所有权;所有 B. 实施权;实施 C. 收益权;收益 D. 处分权;处分

5. 下列部门中,对取得实施强制许可的单位或个人与专利权人关于专利权使用费的争议

进行裁决的是()。

- A. 专利局 B. 专利复审委员会 C. 仲裁机构 D. 人民法院

6. 专利权人对专利局关于实施强制许可的决定不服的,可在接到通知之日起规定期限内向法院起诉,该期限为()。

- A. 1个月 B. 2个月 C. 3个月 D. 4个月

7. 在商标注册方面,我国采用()。

- A. 一律自愿申请注册
B. 一律强制注册
C. 自愿注册原则,法律规定必须使用注册商标的,依其规定
D. 强制注册原则,法律规定可以不注册的,依其规定

8. 药品必须使用注册商标的是()。

- A. 农用药品 B. 人用药品 C. 药品原料 D. 兽用药品

9. 使用注册商标,其商品在下列情况下,由工商部门分不同情况,责令限期改正,并可予以通报或处以罚款,或由商标局撤销其注册商标的是()。

- A. 商品以次充好 B. 不合格商品 C. 假冒注册商标 D. 假冒驰名商标

10. 转让注册商标,转让人和受让人应当()。

- A. 由转让人提出申请
B. 共同向商标局提出申请
C. 经双方协议,无须申请和备案
D. 双方签订转让合同,向当地县级以上工商行政管理部门备案

二、多项选择题

1. 关于《专利法》的作用,以下说法正确的有()。

- A. 鼓励发明创造 B. 推动科技进步
C. 促进国际间经济技术交流 D. 促进国民经济发展

2. 在我国,专利权的客体包括()。

- A. 发明 B. 科学发明 C. 实用新型 D. 外观设计

3. 在我国,专利权的内容包括()。

- A. 实施专利 B. 许可他人实施专利
C. 转让专利 D. 在专利产品上标明专利标记

4. 根据我国《专利法》的规定,构成侵犯专利权的行为必须具备的条件有()。

- A. 专利权的合法有效 B. 未经专利权人许可而实施
C. 行为人以盈利为目的 D. 行为没有法律上的依据

5. 行为人侵犯他人专利权可能承担的民事责任有()。

- A. 停止侵权 B. 赔偿损失 C. 消除影响 D. 赔礼道歉

6. 专利权人甲在其制造、销售的专利产品上未标注专利标记和专利号,某乙仿制甲上述专利产品并在市场上销售。甲发现乙的行为后,()。

- A. 无权请求专利机关处理,因为甲在其专利产品上未作专利标记
B. 可以请求专利机关处理,因为甲在其专利产品上未作专利标记,不影响其权利行使
C. 无论如何,可以请求乙所在地的基层人民法院审理
D. 无论如何,可以请求甲所在地的基层人民法院审理

7. 下列行为中, 属于侵犯专利权的行为的有 ()。
- A. 某甲在其经营的商店中销售了侵犯他人专利权的商品, 但并不知道他所购来的这种商品侵犯了他人的专利权
- B. 某甲在其经营的商店中销售了侵犯他人专利权的商品, 开始时并不知道他所购来的这种商品侵犯了他人的专利权, 在被告知这一情况后, 为了避免损失而继续销售
- C. 某甲在其经营的商店中销售一种电饭锅, 为了扩大销路, 就在所购来的电饭锅上贴上了伪造的专利标记
- D. 某甲是一个发明爱好者, 一次, 他为了某项发明的研制工作而使用了他人的一项专利方法
8. 外国人或外国企业在中国申请商标注册, 主要依据的原则有 ()。
- A. 有关协议 B. 国际条约 C. 互利原则 D. 对等原则
9. 商标权的客体包括 ()。
- A. 文字商标 B. 拼音商标 C. 图形商标 D. 图文组合商标
10. 下列各项中, 为商标不得使用的文字和图形的有 ()。
- A. 本商品的通用名称和图形 B. 公众知晓的外国地名
- C. 县级以上行政区划的地名 D. 同外国国家名称相同或近似的

三、判断题

1. 我国的专利就是发明。()
2. 我国《专利法》规定的优先权就是国际优先权。()
3. 被宣告无效的专利自始即不存在。()
4. 假冒他人专利就是冒充专利。()
5. 专利侵权只承担民事责任。()
6. 商标只能用在商品上, 不能用在服务方面。()
7. 国内商标不能使用外国地名。()
8. 同一申请人在不同类别的商品上使用同一商标的, 可在一份商标申请文件中申请。()
9. 两个以上的申请人, 在同一种或类似商品上, 申请相同或近似的注册商标专用权的, 授予先使用人。()
10. 商标专用权的保护期限为 20 年, 期限届满可以续展。()

参 考 文 献

- [1] 财政部会计资格评价中心. 经济法基础. 北京: 中国财政经济出版社, 2012.
- [2] 财政部会计资格评价中心. 经济法. 北京: 中国财政经济出版社, 2012.
- [3] 中国注册会计师协会. 经济法. 北京: 中国财政经济出版社, 2012.
- [4] 曾建飞, 何玉龙. 经济法. 厦门: 厦门大学出版社, 2011.



欢迎登录 **免费** 获取优质教学资源
http://www.hxedu.com.cn

所有教材配有方便教学的教辅资源，可登录上述网站免费下载。

全国高等职业教育规划教材.财务会计专业

基础会计（第3版）
基础会计——基于工作过程的会计业务核算
成本会计实务（第3版）
管理会计（第3版）
审计实务（第3版）
财务管理（第2版）
税务会计（第2版）
企业会计实训（第2版）
会计电算化实用教程（安易财会软件）
会计电算化项目化教程——用友ERP-U8.61版

全国高等职业教育财会类规划教材.工学结合项目化系列

基础会计项目化教程
基础会计项目化教程实训
财务管理项目化教程
财务会计项目化教程
企业纳税实务项目化教程
企业纳税基本技能与全真实训
出纳理论与实务
管理会计项目化教程
成本会计项目化教程

成本会计项目化教程实训

电算会计项目化教程（用友ERP-U872）（含供应链内容）
审计实务项目化教程
财务报表编制与分析
会计综合实训项目化教程
新编21世纪高等职业教育财经类规划教材.财务管理专业
基础会计
财务管理实务
成本会计实务
审计基础与实务
会计电算化技能训练教程（用友ERP-U8.72版）

基础课

统计学基础（第3版）
经济法
管理基础与实务
中小企业管理实务
财经应用文写作
国际市场营销实务
新型实用公关实践教程
文献信息检索教程
国际金融实务

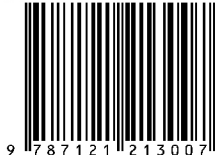
策划编辑：贾瑞敏

责任编辑：贾瑞敏

封面设计：一克米工作室



ISBN 978-7-121-21300-7



9 787121 213007 >

定价：43.00元